28ª Edição
2024

Pedro Lenza

DIREITO CONSTITUCIONAL

MATERIAL DIGITAL EXCLUSIVO

- *Download* de Questões **Modelo Tradicional**
- Banco de Questões **Plataforma**
- Resolução de Questões **Pedro Lenza**
- Videoaulas **Pedro Lenza**

COLEÇÃO ESQUEMATIZADO®

LIVRO VIVO®

saraiva jur

DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO

Pedro Lenza

SUMÁRIO

SUMÁRIO

1 (NEO)CONSTITUCIONALISMO

1.1 Alocação do direito constitucional

1.1.1 A classificação em “ramos do direito”

1.1.2 A superação da dicotomia “público-privado” – Constitucionalização do direito privado

1.2 Constitucionalismo

1.2.1 Conceito

1.2.2 Evolução histórica

1.2.3 Esquematização do constitucionalismo

1.3 Neoconstitucionalismo

1.3.1 Aspectos iniciais

1.3.2 Pontos marcantes do neoconstitucionalismo

1.3.3 Marcos fundamentais para se chegar a um “novo direito constitucional” – Neoconstitucionalismo

1.4 O novo constitucionalismo democrático latino-americano. Constitucionalismo pluralista (andino ou indígena). Estado plurinacional e intercultural

1.5 Constitucionalismo e soberania popular

1.5.1 Aspectos gerais

1.6 Constitucionalismo popular (Tushnet) – “judicial review” – “teorias do diálogo constitucional” (Bateup) e “os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas” (Barroso)

1.6.1 Constitucionalismo popular: Perspectivas

1.6.2 Supremacia judicial versus soberania judicial: A nossa posição no sentido do diálogo constitucional

1.6.3 Reversão (superação) legislativa da jurisprudência da corte: Possibilidade de mutação constitucional pela via legislativa

1.6.4 “Os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas” (Luís Roberto Barroso)

1.7 Constitucionalismo democrático e “backlash” (reação social em razão de decisão da corte)

1.8 “Constitucionalismo abusivo” (David Landau): Um alerta que preocupa e não se confunde com o denominado “constitucionalismo autoritário” (Mark Tushnet)

2 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

2.1 Conceito

2.1.1 Sentido sociológico

2.1.2 Sentido político

2.1.3 Sentido material e formal

2.1.4 Sentido jurídico

2.1.5 Sentido culturalista

2.1.6 Constituição aberta

2.1.7 Concepções da Constituição: Qual o seu papel no ordenamento jurídico de um país?

2.2 Crowdsourced constitution: O legado da experiência pioneira da Islândia 2011

2.3 Constitucionalização simbólica

2.3.1 Aspectos iniciais

2.3.2 Legislação simbólica

2.3.3 Constitucionalização simbólica

2.3.4 Constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico

2.3.5 Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais

2.4 Classificação (tipologia)

2.4.1 Quanto à origem e a distinção entre “Constituição” e “carta”

2.4.2 Quanto à forma

2.4.3 Quanto à extensão

2.4.4 Quanto ao conteúdo

2.4.5 Quanto ao modo de elaboração

2.4.6 Quanto à alterabilidade

2.4.7 Quanto à sistemática (critério sistemático)

2.4.8 Quanto à dogmática

2.4.9 Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico – essência)

2.4.10 Quanto ao sistema

2.4.11 Quanto à função

2.4.12 Quanto à origem de sua decretação: Heterônomas (heteroconstituições) x autônomas (“autoconstituições” ou “homoconstituições”)

2.4.13 Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

2.4.14 Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) – conteúdo ideológico das constituições (André Ramos Tavares)

2.4.15 Constituições expansivas (Raul Machado Horta)

2.4.16 A Constituição Federal brasileira de 1988

2.5 Elementos das constituições

2.6 Histórico das constituições brasileiras

2.6.1 Constituição de 1824

2.6.2 Decreto nº 1, de 15.11.1889 – Primeiro governo provisório da república

2.6.3 Constituição de 1891

2.6.4 A Revolução de 1930 – Segundo governo provisório da república

2.6.5 Constituição de 1934

2.6.6 Constituição de 1937

2.6.7 Constituição de 1946

2.6.8 Golpe Militar de 1964

2.6.9 Constituição de 1967

2.6.10 “Constituição” de 1969 – EC nº 1/1969

2.6.11 Constituição de 1988

3 HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO X REFORMA. REGRAS X PRINCÍPIOS. “DERROTABILIDADE”. POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

3.1 Mutações constitucionais versus reformas constitucionais

3.2 Regras e princípios

3.3 Derrotabilidade (defeasibility)

3.4 Normas de segundo grau: Postulados normativos

3.5 Métodos de interpretação

3.5.1 Método jurídico ou hermenêutico clássico

3.5.2 Método tópico-problemático (ou método da tópica)

3.5.3 Método hermenêutico-concretizador

3.5.4 Método científico-espiritual

3.5.5 Método normativo-estruturante

3.5.6 Método da comparação constitucional

3.6 Princípios da interpretação constitucional

3.6.1 Princípio da unidade da Constituição

3.6.2 Princípio do efeito integrador

3.6.3 Princípio da máxima efetividade

3.6.4 Princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional

3.6.5 Princípio da concordância prática ou harmonização

3.6.6 Princípio da força normativa

3.6.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição

3.6.8 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

3.7 limites da interpretação constitucional

3.7.1 Decisões interpretativas em sentido estrito

3.7.2 Decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas)

3.7.3 Lacuna constitucional e o “pensamento jurídico do possível” na jurisprudência do STF

3.7.4 Críticas ao “pamprincipiologismo” (Streck) e a realidade de uma inegável “Supremocracia”

3.7.5 Desacordo moral razoável

3.8 Teoria dos poderes implícitos

3.9 Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição

3.10 Estrutura da Constituição

3.10.1 Preâmbulo

3.10.2 Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT)

4 PODER CONSTITUINTE

4.1 Esquema geral

4.2 Conceito e titularidade

4.3 Hiato constitucional (revolução – mutação – reforma – hiato autoritário)

4.4 Poder constituinte originário (genuíno ou de 1º grau)

4.4.1 Conceito

4.4.2 Uma subdivisão

4.4.3 Características

4.4.4 Poder constituinte originário formal e material

4.4.5 Formas de expressão

4.4.6 A proposta de convocação de uma "assembleia nacional constituinte exclusiva e específica" para a reforma política: Aberração jurídica; Violência ao sistema

4.5 Poder constituinte derivado (instituído, constituído, secundário, de 2º grau ou remanescente)

4.5.1 Conceito e espécies

4.5.2 Poder constituinte derivado reformador

4.5.3 Poder constituinte derivado decorrente

4.5.4 Poder constituinte derivado revisor

4.6 Poder Constituinte Difuso

4.7 Poder constituinte supranacional

4.8 Nova Constituição e ordem jurídica anterior

4.8.1 Recepção

4.8.2 Repristinação

4.8.3 Desconstitucionalização

4.8.4 Recepção material de normas constitucionais

4.9 Poder constituinte e direito adquirido. Graus de retroatividade da norma constitucional: Máximo, médio ou mínimo?

5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

5.1 Eficácia jurídica e eficácia social

5.2 Normas constitucionais de eficácia plena

5.3 Normas constitucionais de eficácia contida

5.4 Normas constitucionais de eficácia limitada

5.5 A classificação de Maria Helena Diniz

5.6 A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto

5.7 Normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada

5.8 Normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e o gradualismo eficacial das normas constitucionais

5.9 Eficácia e aplicabilidade na jurisprudência do STF

6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1 Controle de constitucionalidade: direito comparado e sistema brasileiro

6.1.1 Noções preliminares

6.1.2 A inconstitucionalidade das leis e a regra geral da "teoria da nulidade". Sistema austríaco (Kelsen) versus sistema norte-americano (Marshall). Anulabilidade versus nulidade

6.1.3 Flexibilização das teorias da "nulidade absoluta, da Lei declarada inconstitucional" e da "anulabilidade da norma inconstitucional" no direito estrangeiro (brevíssima noção)

6.1.4 Flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro

6.1.5 Constitucionalidade e inconstitucionalidade superveniente?

6.2 Breve análise evolutiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

6.2.1 Constituição de 1824

6.2.2 Constituição de 1891

6.2.3 Constituição de 1934

6.2.4 Constituição de 1937

6.2.5 Constituição de 1946

6.2.6 Constituição de 1967 e EC nº 1/1969

6.2.7 Constituição de 1988

6.3 Espécies de inconstitucionalidade e o "estado de coisas inconstitucional"

6.3.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão (quadro esquemático)

6.3.2 Vício formal (inconstitucionalidade orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente dita e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato)

6.3.3 Vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário)

6.3.4 Vício de decoro parlamentar(?)

6.3.5 “Estado de coisas inconstitucional”

6.4 Momentos de controle

6.4.1 Controle prévio ou preventivo

6.4.2 Controle posterior ou repressivo

6.5 Sistemas e vias de controle judicial

6.6 Controle difuso

6.6.1 Origem histórica: Marbury versus Madison, sessão de fev. de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)

6.6.2 Noções gerais

6.6.3 Controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva de pleno (full bench). Art. 97, da CF/1988

6.6.4 Efeitos da decisão

6.6.5 Para terceiros (art. 52, X): mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso. Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso: Análise crítica – abstrativização do controle difuso – tendência para uma maior expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais. Perspectivas do controle incidental em controle concentrado. Limitação do cabimento da reclamação

6.6.6 Controle difuso em sede de ação civil pública

6.7 Controle concentrado

6.7.1 ADI genérica

6.7.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

6.7.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

6.7.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

6.7.5 Representação interventiva (IF)

6.8 Controle abstrato de constitucionalidade nos estados-membros

6.8.1 Regras gerais

6.8.2 Objeto

6.8.3 Competência

6.8.4 Legitimados

6.8.5 Parâmetro de controle (pauta de referência ou paradigma de confronto)

6.8.6 "*Simultaneus processus*"

6.9 Quadro comparativo do sistema jurisdicional misto de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade no brasil

7 DIVISÃO ESPACIAL DO PODER – ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

7.1 Noções Preliminares

7.1.1 Elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado

7.1.2 Forma de governo, sistema de governo e forma de Estado

7.2 Formas de Estado

7.3 Federação

7.3.1 Histórico

7.3.2 Tipologias do Federalismo

7.3.3 Características da Federação

7.3.4 Federação brasileira

7.4 União Federal

7.4.1 Capital Federal

7.4.2 Bens da União

7.4.3 Competências da União Federal

7.4.4 Regiões administrativas ou de desenvolvimento

7.5 Estados-Membros

7.5.1 Formação dos Estados-Membros

7.5.2 Bens dos Estados-Membros

7.5.3 Competências dos Estados-Membros

7.5.4 Exploração dos serviços locais de gás canalizado

7.5.5 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

7.6 Municípios

7.6.1 Formação dos Municípios

7.6.2 Competências dos Municípios

7.7 Distrito Federal

7.7.1 Histórico

7.7.2 Distrito Federal como unidade federada

7.7.3 Outras características importantes

7.7.4 Competências do Distrito Federal

7.8 Territórios Federais

7.8.1 Histórico

7.8.2 Natureza jurídica

7.8.3 Ainda existem territórios no Brasil?

7.8.4 Mas, afinal de contas, o que é Fernando de Noronha?

7.8.5 Apesar de não existirem, podem vir a ser criados novos territórios?

7.8.6 Outras características importantes

7.9 Modelos de Repartição de Competências

7.9.1 Modelo clássico e modelo moderno

7.9.2 Modelo horizontal e modelo vertical

7.10 Quadro ilustrativo da competência legislativa constitucional – Alguns precedentes do STF

7.11 Amianto e Tabaco

7.11.1 Amianto

7.11.2 Tabaco

7.12 Intervenção

7.12.1 Intervenção federal

7.12.2 Intervenção estadual

8 SEPARAÇÃO DE “PODERES” – TEORIA GERAL

8.1 Noções introdutórias

8.1.1 Aristóteles: Identificação das funções do Estado

8.1.2 Montesquieu: Correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica

8.1.3 E qual seria a finalidade da separação dos poderes?

8.2 Funções típicas e atípicas

8.3 Impropriedade da expressão “Tripartição de Poderes”

8.4 A independência dos poderes e a indelegabilidade de atribuições

9 PODER LEGISLATIVO

9.1 Estrutura do poder legislativo

9.1.1 Estrutura do Poder Legislativo federal

9.1.2 Estrutura do Poder Legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais

9.2 Atribuições do Congresso Nacional

9.3 Câmara dos Deputados

9.3.1 Aspectos fundamentais

9.3.2 Requisitos para a candidatura dos Deputados Federais

9.3.3 Competências privativas da Câmara dos Deputados

9.4 Senado Federal

9.4.1 Aspectos fundamentais

9.4.2 Requisitos para a candidatura dos Senadores

9.4.3 Competências privativas do Senado Federal

9.5 Quadro Comparativo e Deliberações

9.6 Remuneração dos Parlamentares

9.6.1 Subsídio mensal

9.6.2 Verba indenizatória: Dever de transparência

9.7 Das Reuniões

9.7.1 Sessão legislativa ordinária

9.7.2 Hipóteses de convocação extraordinária

9.7.3 Reunião em sessão conjunta

9.7.4 Sessão preparatória e Mesas Diretoras

9.8 Das Comissões Parlamentares

9.8.1 Comissão temática ou em razão da matéria (permanentes)

9.8.2 Comissão especial ou temporária

9.8.3 Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)

9.8.4 Comissão mista

9.8.5 Comissão representativa

9.9 Imunidades Parlamentares

9.9.1 Aspectos introdutórios

9.9.2 Imunidade parlamentar federal

9.9.3 Parlamentares estaduais e do DF

9.9.4 Parlamentares municipais

9.10 Incompatibilidades e Impedimentos dos Parlamentares Federais

9.11 Perda do Mandato do Deputado ou Senador

9.11.1 Hipóteses de perda do mandato e suas peculiaridades

9.11.2 Cassação x extinção do mandato

9.11.3 Votação aberta na hipótese de cassação do mandato: aprovação da "PEC do voto aberto" (EC nº 76/2013). Avanço democrático

9.11.4 A perda do mandato parlamentar em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado e a interpretação fixada pelo STF no julgamento da AP 470 ("mensalão"), bem como da AP 565 (art. 15, III, versus art. 55, § 2º e 3º, da CF/1988). O caso concreto da AP 396. Proposta de exceção objetiva à regra geral (MS 32.326 e APs 694 e 863)

9.11.5 É possível a renúncia do cargo por parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato?

9.11.6 Perda do mandato nas hipóteses de infidelidade partidária

9.11.7 Suspensão do exercício do mandato de parlamentar eleito (AC 4.070)

9.12 Hipóteses em que não haverá a perda do mandato do deputado ou senador e outras regras

9.13 Processo Legislativo

9.13.1 Considerações introdutórias

9.13.2 Esquema do processo legislativo das leis ordinárias e complementares

9.13.3 Fase de iniciativa

9.13.4 Fase constitutiva

9.13.5 Fase complementar – Promulgação e publicação

9.14 Espécies Normativas

9.14.1 Emenda constitucional - EC

9.14.2 Lei Complementar e Lei Ordinária

9.14.3 Lei delegada

9.14.4 Medida provisória

9.14.5 Decreto Legislativo

9.14.6 Resolução

9.14.7 Quadro comparativo das espécies normativas

9.15 Função fiscalizatória exercida pelo legislativo e o tribunal de contas

9.15.1 Tribunal de contas da união

AQUI

9.15.2 Distinção entre a atuação do TCU e da CGU: inexistência de invasão de atribuições. Auxílio no controle externo (TCU) x controle interno (CGU) – perfeita convivência

9.15.3 Tribunais de Contas Estaduais e Tribunal de Contas do Distrito Federal

9.15.4 Tribunais de Contas Municipais

9.15.5 Ministério Público Especial (art. 130)

10 PODER EXECUTIVO

10.1 Notas Introdutórias

10.2 Presidencialismo Versus Parlamentarismo

10.3 Executivo Monocrático, Colegial, Diretorial e Dual – Conceito

10.4 O Poder Executivo na CF/1988

10.4.1 O exercício do Poder Executivo no Brasil

10.4.2 Atribuições conferidas ao Presidente da República

10.4.3 Condições de elegibilidade

10.4.4 Processo eleitoral

10.4.5 Posse e mandato

10.4.6 Impedimento e vacância dos cargos

10.4.7 Ministros de Estado

10.4.8 Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional

10.4.9 Crimes de responsabilidade

10.4.10 Crimes comuns

10.4.11 Prisão

10.4.12 A imunidade formal em relação à prisão (art. 86, § 3º) e a cláusula de irresponsabilidade penal relativa (art. 86, § 4º) podem ser estendidas aos demais chefes do Poder Executivo por atos normativos dos respectivos entes federativos?

10.4.13 Outras regras importantes sobre os demais Chefes do Poder Executivo

10.4.14 Sistematização da competência para julgamento das autoridades pela prática de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade

11 PODER JUDICIÁRIO

11.1 Funções do Poder Judiciário

11.2 Algumas Características da Jurisdição

11.3 Reforma do Poder Judiciário – EC nº 45/2004

11.3.1 Histórico de sua tramitação

11.3.2 Principais alterações

11.3.3 Principais ações diretas e decisões do STF em relação às novidades introduzidas pela EC nº 45/2004 (ordem cronológica de propositura)

11.4 Estatuto da Magistratura

11.4.1 Disposições gerais

11.4.2 A EC nº 88/2015 (fruto da "PEC da Bengala"), a EC nº 103/2019 ("Reforma da Previdência") e as ADIs 5.316, 5.430, 5.486 e 5.490

11.5 Garantias do Judiciário

11.5.1 Garantias institucionais do Judiciário

11.5.2 Garantias funcionais do Judiciário (ou de órgãos)

11.5.3 Prerrogativa de foro: o magistrado aposentado tem direito a foro especial por prerrogativa de função?

11.6 Estrutura do Judiciário

11.6.1 Órgãos de convergência e órgãos de superposição

11.6.2 Justiças: comum e especial

11.6.3 Competência penal versus competência civil

11.6.4 Juizados Especiais: algumas particularidades

11.6.5 Organograma do Poder Judiciário

11.7 A Regra do "Quinto Constitucional"

11.8 Características Gerais dos Órgãos do Poder Judiciário

11.8.1 Supremo Tribunal Federal (STF)

11.8.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

11.8.3 Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais

11.8.4 Tribunais e Juízes do Trabalho

11.8.5 Tribunais e Juízes Eleitorais

11.8.6 Tribunais e Juízes Militares

11.8.7 Tribunais e Juízes dos Estados

11.8.8 Varas Agrárias e os conflitos fundiários

11.8.9 Justiça Estadual é competente para julgar crimes comuns entre silvícolas

11.8.10 Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios

11.9 Princípio do Juiz Natural e Convocação de Juízes de Primeiro Grau para Compor Órgão Julgador de Tribunal

11.10 Magistratura – Teto de Subsídio X Teto de Remuneração – Poder Judiciário – Caráter Nacional e Unitário

11.11 Da Justiça de Paz (Art. 98, II)

11.11.1 Regras gerais

11.11.2 Os juízes de paz integram o Poder Judiciário?

11.12 Dos Precatórios

11.12.1 Regras gerais

11.12.2 Espécies de precatórios: regra geral (natureza não alimentícia) e os de natureza alimentícia

11.12.3 Sistemática da "superpreferência" – art. 100, § 2º (EC nº 62/2009)

11.12.4 Compensação de precatório com débitos tributários – inconstitucionalidade reconhecida pelo STF (EC nº 62/2009) e disposições estabelecidas pela EC nº 94/2016

11.12.5 Utilização de precatórios para compra de imóveis públicos

11.12.6 Atualização de valores de requisitórios de acordo com os índices da caderneta de poupança – inconstitucionalidade reconhecida pelo STF

11.12.7 Cessão dos créditos em precatórios a terceiros e a possibilidade de assunção de débitos diretamente pela União

11.12.8 Aferição mensal, em base anual, do comprometimento das receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigação de pequeno valor (EC nº 94/2016)

11.12.9 Regime especial I: art. 33, do ADCT (poder constituinte originário)

11.12.10 Regime especial II: art. 78, do ADCT (EC nº 30/2000)

11.12.11 Regime especial III: art. 100, § 15, da CF/1988 e art. 97, do ADCT – inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Modulação dos efeitos da decisão –

sobrevida ao regime especial por 5 exercícios financeiros a contar de 1º.01.2016 (ADIs 4.357 e 4.425-QO, j. 25.03.2015)

11.12.12 Regime especial IV: art. 101 a 105, do ADCT – ECs ns. 94/2016 e 99/2017

11.12.13 Requisição de pequeno valor (RPV): exceção à regra geral do precatório

11.12.14 Débitos das entidades da administração indireta: precatórios?

11.12.15 Intervenção federal ou estadual e não pagamento de precatórios

11.13 Conselho Nacional de Justiça

11.13.1 Aspectos gerais e composição do CNJ

11.13.2 Aperfeiçoamento do CNJ: EC nº 61/2009

11.13.3 Inexistência de regulamentação (critérios objetivos) para a indicação dos membros do CNJ

11.13.4 O CNJ é constitucional?

11.13.5 Atribuições do CNJ e o controle de suas decisões pelo STF (limites?)

11.13.6 O CNJ tem controle da função jurisdicional do Judiciário?

11.13.7 Corregedoria Nacional de Justiça e Ministro-Corregedor do CNJ

11.13.8 O CNJ, no exercício de suas atribuições correcionais, atua originariamente (primariamente) e concorrentemente com as Corregedorias dos tribunais

11.13.9 Prerrogativa de foro

11.13.10 Outras regras sobre o CNJ

11.14 Súmula Vinculante

11.14.1 Duas realidades: a morosidade da Justiça e as teses jurídicas repetitivas

11.14.2 As “famílias” do direito

11.14.3 Influência do *stare decisis* da família da *common law*

11.14.4 Influência da Alemanha e da Áustria

11.14.5 A influência do direito português

11.14.6 A evolução do “direito sumular” no Brasil (fase colonial – influência do direito português)

11.14.7 A evolução do “direito sumular” no Brasil (após a independência)

11.14.8 Prenúncios da súmula vinculante em âmbito constitucional

11.14.9 Prenúncios da súmula vinculante no âmbito do direito processual civil

11.14.10 Os contornos da súmula vinculante na EC nº 45/2004

11.14.11 As regras trazidas pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006 – súmula vinculante

11.14.12 As súmulas vinculantes (a de número 30 com a publicação suspensa) editadas pelo STF

11.14.13 Aspectos conclusivos

11.15 Extinção dos Tribunais de Alçada

11.15.1 Histórico nas Constituições

11.15.2 O surgimento dos Tribunais de Alçada nos Estados

11.15.3 A EC nº 45/2004

12 FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

12.1 Noções Introdutórias

12.2 Ministério Público

12.2.1 Histórico

12.2.2 Definição e investidura ("quarentena de entrada")

12.2.3 Organização do Ministério Público na CF/1988 – art. 128, I e II, e MP Eleitoral

12.2.4 Chefe do Ministério Público

12.2.5 Princípios institucionais

12.2.6 Princípio do promotor natural

12.2.7 Garantias do Ministério Público

12.2.8 Funções institucionais do Ministério Público

12.2.9 A teoria dos "poderes implícitos" e o poder de investigação criminal pelo MP. A investigação criminal não é exclusividade da polícia (devendo ser observados alguns parâmetros)

12.2.10 Conselho Nacional do Ministério Público

12.2.11 Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (art. 130)

12.3 Advocacia Pública

12.3.1 A distorção corrigida pela EC nº 19/1998

12.3.2 Atribuições e prerrogativas dos ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas da advocacia pública (regras gerais)

12.3.3 O advogado público pode exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo?

12.3.4 Assessoramento, amplitude vinculativa dos pareceres jurídicos e a responsabilização dos advogados públicos

12.3.5 Contempt of Court: a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC/1973 e os advogados públicos – ADI 2.652. CPC – avanço na linha da decisão do STF

12.3.6 Pareceres e Súmula da Advocacia-Geral da União

12.3.7 Advocacia-Geral da União

12.3.8 Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal

12.3.9 Procuradoria-Geral dos Municípios

12.3.10 Advocacia pública e os honorários de sucumbência no CPC

12.4 Advocacia

12.4.1 A advocacia à luz da jurisprudência do STF

12.5 Defensoria Pública

12.5.1 "Ondas renovatórias" (4ª e 5ª ondas?). Global Access to Justice Project

12.5.2 Assistência jurídica integral e gratuita – aspectos gerais e evolução constitucional. Acesso à justiça como elemento instrumental de concretização do mínimo existencial (Barcellos)

12.5.3 Regras gerais e abrangência da Defensoria Pública

12.5.4 O fortalecimento da Defensoria Pública pela EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), bem como pelas ECs ns. 69/2012 e 74/2013: autonomia funcional, administrativa e financeira

12.5.5 Autonomia da Defensoria Pública da União – DPU. Constitucionalidade, da EC nº 74/2013. A pretensão formulada na ADI 5.296 (10.04.2015) mostra-se totalmente infundada

12.5.6 As profundas alterações introduzidas pela EC nº 80/2014

13 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

13.1 Sistema Constitucional das Crises

13.1.1 Noções introdutórias

13.1.2 Constitucionalismo brasileiro: quadro descritivo

13.1.3 Controle judicial

13.2 Estado de Defesa (CF/1988)

13.2.1 Hipóteses de decretação do estado de defesa

13.2.2 Procedimento e regras gerais

13.2.3 Controle exercido sobre a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação

13.3 Estado De Sítio (CF/1988)

13.3.1 Hipóteses de decretação do estado de sítio

13.3.2 Procedimento e abrangência

13.3.3 Medidas coercitivas

13.3.4 Controle exercido sobre a decretação do estado de sítio

13.4 Disposições Comuns aos Estados de Defesa e de Sítio

13.5 Quadro Comparativo Entre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (CF/1988)

13.6 Forças Armadas

13.6.1 Regras gerais

13.6.2 Emprego das Forças Armadas para a Garantia, da Lei e da Ordem (GLO)

13.6.3 Acumulação de cargos (ECs nº 77/2014 e nº 101/2019)

13.6.4 *Habeas corpus* e punições disciplinares militares

13.6.5 Serviço militar obrigatório

13.6.6 Leis de iniciativa reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1º, I e II, "f")

13.6.7 As praças prestadoras de serviço militar inicial podem receber abaixo do salário mínimo?

13.6.8 Editais de concurso podem estabelecer limite de idade para o ingresso nas Forças Armadas?

13.6.9 "Princípio da insignificância" e crimes militares: o caso concreto de posse de reduzida quantidade de substância entorpecente. Princípio da especialidade. Afastamento, da Lei de Drogas

13.6.10 A criminalização da "pederastia" ainda se justifica no Código Penal Militar? (ADPF 291)

13.6.11 Criação do Ministério da Defesa pela EC nº 23/1999

13.7 Segurança Pública

13.7.1 Aspectos gerais

13.7.2 Cooperação entre a União e os Estados-Membros e o DF e a Força Nacional de Segurança Pública

13.7.3 BEPE – Batalhão Especial de Pronto Emprego

13.7.4 UPPs – Unidades de Polícia Pacificadora (RJ)

13.7.5 Polícias da União

13.7.6 Polícias dos Estados

13.7.7 Polícias do Distrito Federal

13.7.8 Polícias dos Territórios

13.7.9 Policiais civis e militares: direito de greve (?) e anistia (?)

13.7.10 A extinção da pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal (Lei nº 13.967/2019)

13.7.11 Polícias penais federal, estadual e distrital (EC nº 104/2019)

13.8 Polícias dos Municípios

13.9 Segurança Viária. Carreira dos Agentes de Trânsito. EC nº 82/2014

13.9.1 Tramitação, da EC nº 82/2014

13.9.2 A segurança viária é questão de saúde pública

13.9.3 Tripé da segurança viária

13.9.4 Segurança viária: questão a ser tratada de forma indissociável da segurança pública

13.9.5 A carreira específica de agentes de trânsito

14 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

14.1 Localização

14.2 Evolução dos Direitos Fundamentais (“Gerações” ou “Dimensões” de Direitos)

14.2.1 Direitos fundamentais da 1ª dimensão

14.2.2 Direitos fundamentais da 2ª dimensão

14.2.3 Direitos fundamentais da 3ª dimensão

14.2.4 Direitos fundamentais da 4ª dimensão

14.2.5 Direitos fundamentais da 5ª dimensão

14.3 Diferenciação Entre Direitos e Garantias Fundamentais

14.4 Características dos Direitos e Garantias Fundamentais

14.5 Abrangência dos Direitos e Garantias Fundamentais

14.6 A Aplicabilidade das Normas Definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais

14.7 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek

14.8 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

14.8.1 Aspectos gerais

14.8.2 Teorias da eficácia indireta (mediata) ou direta (imediata)

14.8.3 Eficácia “irradiante” dos direitos fundamentais

14.8.4 Alguns precedentes

14.8.5 Brevíssima conclusão

14.9 Deveres Fundamentais

14.10 Direitos Individuais e Coletivos

14.10.1 Direito à vida (art. 5º, caput)

14.10.2 Princípio da igualdade (art. 5º, caput, I)

14.10.3 Princípio da legalidade (art. 5º, II)

14.10.4 Proibição da tortura (art. 5º, III)

14.10.5 Liberdade da manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V)

14.10.6 Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, VI ao VIII)

14.10.7 Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5º, IX e X)

14.10.8 Inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X)

14.10.9 Inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI)

14.10.10 Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, XII)

14.10.11 Liberdade de profissão (art. 5º, XIII)

14.10.12 Liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII)

14.10.13 Liberdade de locomoção (art. 5º, XV)

14.10.14 Direito de reunião (art. 5º, XVI)

14.10.15 Direito de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI)

14.10.16 Direito de propriedade (art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI)

14.10.17 Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5º, XXX e XXXI)

14.10.18 Propriedade intelectual (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX)

14.10.19 Defesa do consumidor (art. 5º, XXXII)

14.10.20 Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV)

14.10.21 Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV)

14.10.22 Limites à retroatividade, da Lei (art. 5º, XXXVI)

14.10.23 Princípio do promotor natural (art. 5º, LIII)

14.10.24 Princípio do juiz natural ou legal (art. 5º, XXXVII e LIII)

14.10.25 Tribunal Penal Internacional – "TPI" (art. 5º, § 4º – EC nº 45/2004)

14.10.26 Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e § 5º – EC nº 45/2004) – Incidente de deslocamento de competência – IDC

14.10.27 Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII)

14.10.28 Segurança jurídica em matéria criminal (art. 5º, XXXIX a LXVII) e a teoria dos mandados expressos de criminalização à luz dos direitos fundamentais

14.10.29 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV)

14.10.30 Devido processo legal substantivo ou material (art. 5.o, LV, e 3.o, I)

14.10.31 Provas ilícitas (art. 5º, LVI)

14.10.32 Publicidade dos atos processuais e dever de motivação das decisões judiciais (art. 5º, LX, e 93, IX). Perspectivas, do CPC

14.10.33 Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV)

14.10.34 Erro judiciário (art. 5º, LXXV)

14.10.35 Gratuidade das certidões de nascimento e de óbito (art. 5º, LXXVI)

14.10.36 Gratuidade nas ações de *habeas corpus* e *habeas data* (art. 5º, LXXVII)

14.10.37 Celeridade processual (art. 5º, LXXVIII)

14.11 Remédios Constitucionais

14.11.1 Os remédios constitucionais nas Constituições brasileiras – quadro esquematizado

14.11.2 *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII)

14.11.3 Mandado de segurança (art. 5º, LXIX)

14.11.4 Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX)

14.11.5 Mandado de injunção (art. 5º, LXXI)

14.11.6 *Habeas data* (art. 5º, LXXII)

14.11.7 Ação popular (art. 5º, LXXIII)

15 DIREITOS SOCIAIS

15.1 Aspectos Gerais

15.2 Breves Comentários Aos Direitos Sociais

15.2.1 Direito à educação

15.2.2 Direito à saúde

15.2.3 Direito à alimentação

15.2.4 Direito ao trabalho

15.2.5 Direito à moradia

15.2.6 Direito ao transporte

15.2.7 Direito ao lazer

15.2.8 Direito à segurança

15.2.9 Direito à previdência social

15.2.10 Proteção à maternidade e à infância

15.2.11 Assistência aos desamparados

15.3 “PEC da Felicidade” – PEC nº 513/2010-CD e PEC nº 19/2010-SF

15.4 Direitos Relativos Aos Trabalhadores

15.4.1 Direitos sociais individuais dos trabalhadores

15.4.2 Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (art. 8º a 11)

15.5 “Metodologia Fuzzy” E “Camaleões Normativos” Na Problemática Dos Direitos Sociais, Culturais E Econômicos (Canotilho)

15.5.1 Princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária. Interpretação a ser dada à EC nº 86/2015 (fruto da “PEC do Orçamento Impositivo”) e perspectivas lançadas pela EC nº 95/2016

15.5.2 “Judicialização da saúde”: fornecimento de medicamentos

16 NACIONALIDADE

16.1 Conceito

16.1.1 Definições correlatas

16.2 Espécies de Nacionalidade e Critérios para a sua Aquisição

16.3 Brasileiro Nato

16.4 Brasileiro Naturalizado

16.4.1 Noções introdutórias: procedimento

16.4.2 Naturalização ordinária constitucional em relação aos originários de países de língua portuguesa

16.4.3 Naturalização ordinária legal

16.4.4 Naturalização especial

16.4.5 Naturalização provisória

16.4.6 Naturalização extraordinária ou quinzenária

16.4.7 Conclusão de curso superior: ainda subsiste com a revogação do Estatuto dos Estrangeiros?

16.5 Quase Nacionalidade – Portugueses – Art. 12, § 1º – Reciprocidade

16.6 A Lei Poderá Estabelecer Distinções Entre Brasileiros Natos E Naturalizados?

16.6.1 Regra geral

16.6.2 Hipóteses taxativas de exceção à regra geral

16.7 Medidas de Retirada Compulsória: Repatriação, Deportação e Expulsão

16.7.1 Repatriação

16.7.2 Deportação

16.7.3 Expulsão

16.7.4 Banimento: existe expulsão ou banimento de brasileiros?

16.8 Asilo Político e Refúgio (Direito de Permanecer no Brasil)

16.9 Perda da Nacionalidade

16.9.1 Hipóteses de perda da nacionalidade

16.10 Reaquisição da Nacionalidade Brasileira Perdida

17 DIREITOS POLÍTICOS

17.1 Noções Introdutórias

17.1.1 Democracia semidireta ou participativa

17.1.2 Plebiscito versus referendo: experiências na história brasileira

17.1.3 O resultado do plebiscito ou do referendo pode ser modificado por Lei ou emenda à Constituição?

17.1.4 Quadro comparativo: plebiscito versus referendo

17.1.5 Outros institutos de democracia semidireta ou participativa: recall e veto popular

17.1.6 Democracia contemporânea: novas perspectivas (Luís Roberto Barroso)

17.2 Soberania Popular, Nacionalidade, Cidadania, Sufrágio, Voto e Escrutínio

17.3 Direito Político Positivo (Direito De Sufrágio)

17.3.1 Capacidade eleitoral ativa

17.3.2 Capacidade eleitoral passiva

17.4 Direitos Políticos Negativos

17.4.1 Inelegibilidades

17.4.2 Candidatos com “ficha suja”: inelegibilidade?

17.4.3 Privação dos direitos políticos – perda e suspensão

17.4.4 Reaquisição dos direitos políticos perdidos ou suspensos

17.5 Servidor Público E Exercício Do Mandato Eletivo

18 PARTIDOS POLÍTICOS E O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

18.1 Conceito

18.2 Regras Constitucionais

18.3 Fundo Partidário E Acesso Gratuito Ao Rádio E À Televisão – Direito De Antena (EC nº 97/2017)

18.4 Coligações Partidárias: Evolução Jurisprudencial E Reformas Constitucionais (EC nº. 52/2006 e 97/2017)

18.4.1 Regras gerais

18.4.2 Primeiro momento – a consagração da regra da verticalização das coligações partidárias pelo TSE

18.4.3 Ataques à regra da verticalização das coligações partidárias fixada pelo TSE e o destaque para o art. 16, da CF/1988 (cláusula constitucional da anualidade)

18.4.4 Ataques à regra, da EC nº 52/2006, que expressamente acabou com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias. Mantida a verticalização para as eleições de 2006 (anualidade eleitoral – art. 16, da CF/1988). A EC nº 52/2006 entrou em vigor na data de sua publicação, mas somente pôde ser aplicada às eleições que ocorreram até um ano da data de sua vigência

18.4.5 EC nº 97/2017: alteração da Constituição Federal para se vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, admitindo-as apenas, como faculdade, para as eleições majoritárias

18.5 Fidelidade Partidária

18.5.1 Sistema proporcional

18.5.2 Sistema majoritário

18.5.3 Resolução do TSE x Minirreforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015). Aspectos sobre a justa causa para desfiliação partidária e o caso específico do sistema majoritário

18.5.4 EC nº 91/2016 (“Janela Partidária Constitucional”) e Minirreforma Eleitoral (“Janela Partidária Legal”)

18.5.5 EC nº 97/2017 (nova “Janela Partidária Constitucional”)

18.6 A Vaga Decorrente Do Licenciamento De Titulares De Mandato Parlamentar Deve Ser Ocupada Pelos Suplentes Das Coligações Ou Dos Partidos?

18.7 Financiamento das Campanhas Eleitorais – ADI 4.650, ADI 5.394 (Aspectos da Minirreforma Eleitoral de 2015 – Lei nº 13.165) e ADI 5.494 (Perspectivas a Partir da Minirreforma Eleitoral de 2017 – Lei nº 13.488)

19 ORDEM SOCIAL

19.1 Aspectos Gerais

19.1.1 Valores da ordem social: base e objetivo

19.1.2 Conteúdo da ordem social

19.2 Seguridade Social

19.2.1 Princípios orientadores da organização da seguridade social

19.2.2 Financiamento da seguridade social

19.2.3 Competência discriminada (Lei Ordinária) e competência residual (Lei Complementar)

19.2.4 Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 (PIS/PASEP e COFINS). EC nº 20/1998 – impossibilidade do fenômeno da “constitucionalidade superveniente”

19.2.5 Cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) para sociedades civis de profissões regulamentadas

19.3 Educação

19.3.1 Homeschooling (RE 888.815)

19.3.2 Aspectos gerais – FUNDEB – EC nº 53/2006

19.3.3 Quadro esquematizado da educação escolar

19.3.4 Regras gerais do fundo

19.3.5 Fim (progressivo) da DRU para a educação e as ECs ns. 59/2009, 68/2011, 93/2016 e 103/2019

19.4 Cultura

19.4.1 Plano Nacional de Cultura (EC nº 48/2005)

19.4.2 Sistema Nacional de Cultura (EC nº 71/2012)

19.5 Desporto

19.5.1 Desporto em sentido amplo

19.5.2 Modalidades de desporto

19.5.3 Papel do Estado e das entidades dirigentes e associações na promoção do desporto

19.5.4 Destinação dos recursos públicos para o desporto

19.5.5 Manifestações desportivas de "criação nacional"

19.5.6 Justiça Desportiva

19.5.7 Bingos

19.6 Ciência, Tecnologia e Inovação (EC nº 85/2015)

19.6.1 Perspectivas introduzidas pela EC nº 85/2015

19.6.2 O papel do Estado

19.6.3 Modalidades de pesquisa e o tratamento prioritário do Estado

19.6.4 Apoio e incentivo do Estado

19.6.5 Estado Social de Direito: concepção social do mercado

19.6.6 O destaque para a biotecnologia

19.7 Comunicação Social

19.7.1 Princípios orientadores da comunicação social

19.7.2 Princípios a orientar a produção e a programação das emissoras de rádio e TV

19.7.3 Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

19.7.4 Serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV)

19.7.5 Conselho de Comunicação Social: órgão auxiliar do CN

19.7.6 Direito de antena e a EC nº 97/2017

19.7.7 Lei de Imprensa – ADPF 130

19.7.8 "Lei Eleitoral sobre o Humor" e a problemática das "fake news"

19.8 Meio Ambiente

19.8.1 Conceito de meio ambiente

19.8.2 Aspectos do meio ambiente

19.8.3 Direitos humanos, direito ao desenvolvimento e direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações

19.8.4 A proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro

19.8.5 Natureza jurídica do meio ambiente e a justiça distributiva entre as presentes e futuras gerações

19.8.6 Incumbência do Poder Público

19.8.7 Crueldade contra animais?

19.8.8 Importação de pneus usados – ADPF 101

19.8.9 Exploração de recursos minerais

19.8.10 Responsabilidade por danos ambientais

19.8.11 Ecossistemas especialmente protegidos e erigidos à categoria de patrimônio nacional

19.8.12 Os "Soldados da Borracha" e a EC nº 78/2014

19.8.13 Terras devolutas

19.8.14 Localização das usinas nucleares: necessidade de Lei Federal

19.9 Família, Criança, Adolescente, Jovem E Idoso

19.9.1 Família: conceito de entidade familiar

19.9.2 União homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo)

19.9.3 Reconhecimento de união estável e de relação homoafetiva concomitantes para fins de rateio de pensão por morte

19.9.4 Transexualidade: transgêneros e o direito de alteração no registro civil

19.9.5 O enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo pelo STF (ADO 26 e MI 4.733)

19.9.6 A união estável pode ser reconhecida em relação a uma menor de 14 anos estuprada que veio a se casar com o agressor, para efeitos de extinção de punibilidade quando era admitida (antes da revogação do art. 107, VII, do CP)?

19.9.7 Família: assistência e proteção contra a violência doméstica. As particularidades da

19.9.8 Casamento: regras gerais; gratuidade da celebração; efeito civil; liberdade de crença (centro espírita, candomblé, umbanda etc.)

19.9.9 Divórcio: forma de dissolução do casamento civil à luz, da EC nº 66/2010 e, do CPC

19.9.10 Liberdade para o planejamento familiar: dignidade da pessoa humana e paternidade responsável

19.9.11 Criança, adolescente e jovem (EC nº 65/2010)

19.9.12 Criança, adolescente e jovem: proteção especial. Avanços trazidos pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)

19.9.13 Alienação parental

19.9.14 Adoção

19.9.15 Direito de ação de investigação de paternidade: a problemática da submissão coercitiva ao exame de DNA

19.9.16 Portadores de deficiência

19.9.17 Inimputabilidade penal

19.9.18 Dever de reciprocidade entre pais e filhos

19.9.19 Idosos

19.10 Índios

19.10.1 Os índios no constitucionalismo brasileiro

19.10.2 Proteção das “minorias nacionais” e a importância da “terra”

19.10.3 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

19.10.4 Indigenato: fonte para o direito dos índios sobre as suas terras

19.10.5 Usufruto exclusivo dos índios e a mineração em terras indígenas

19.10.6 Regras constitucionais para a remoção dos grupos indígenas

19.10.7 Demarcação das terras indígenas

19.10.8 Defesa judicial dos direitos e interesses dos índios

19.10.8.1 Legitimidade ativa: índios, comunidades, organizações e o MP (Federal ou Estadual)

19.10.9 Educação nas comunidades indígenas

19.10.10 Infanticídio indígena

20 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

20.1 Princípios Gerais da Atividade Econômica

20.1.1 Evolução do Estado e a Ordem Econômica

20.1.2 Separação da Ordem Econômica e da Ordem Social

20.1.3 Meios de atuação do Estado

20.1.4 Princípios da Ordem Econômica

20.2 Monopólio dos Correios

20.3 Quebra do Monopólio da União Sobre a Comercialização e a Utilização de Radioisótopos para a Pesquisa e Usos Médicos, Agrícolas e Industriais, Bem Como Sobre a Produção, Comercialização e Utilização de Radioisótopos de Meia-Vida Curta (EC nº 49/2006)

20.4 Sistema Financeiro Nacional

21 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

21.1 Justificativas Iniciais

21.2 República

21.3 Federação

21.4 Estado Democrático de Direito

21.4.1 Aspectos gerais

21.4.2 A Lei da Anistia, a ADPF 153 e a decisão da "Corte Interamericana de Direitos Humanos" (ADPF 320)

21.5 Separação de "Poderes"

21.6 Fundamentos da República Federativa do Brasil

21.7 Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil

21.8 Princípios que Regem a República Federativa do Brasil nas Relações Internacionais

21.8.1 Art. 4º, da CF/1988

21.8.2 Mercosul

21.8.3 MERCOSUL – Evolução do Sistema de Solução de Controvérsias. Tribunal Permanente de Revisão (TPR)

REFERÊNCIAS

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

K

L

M

N

O

P

R

S

T

U

V

W

Y

Z

1 (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Sumário: 1.1 Alocação do direito constitucional. 1.2 constitucionalismo. 1.3 Neoconstitucionalismo. 1.4 O novo constitucionalismo democrático latino-americano. constitucionalismo pluralista (andino ou indígena). estado plurinacional e intercultural. 1.5 Constitucionalismo e soberania popular. 1.6 Constitucionalismo popular (Tushnet) – "judicial review" – "teorias do diálogo constitucional" (Bateup) e "os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas" (Barroso). 1.7 Constitucionalismo democrático e "backlash" (reação social em razão de decisão da corte). 1.8 "Constitucionalismo abusivo" (David Landau): um alerta que preocupa e não se confunde com o denominado "constitucionalismo autoritário" (Mark Tushnet)

1.1 Alocação do direito constitucional

1.1.1 A classificação em "ramos do direito"

Antes de tratarmos do movimento que recebeu o nome de "constitucionalismo", faremos uma ponderação inicial, lembrando que o direito constitucional costuma ser alocado dentro do ramo do direito público, destacando-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação.

José Afonso da Silva observa que o direito constitucional "configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política".[1]

Apesar de colocarmos o direito constitucional dentro do ramo do direito público (fundamental), devemos alertar o leitor que, modernamente, vem sendo dito que o direito é uno e indivisível, indecomponível. O direito deve ser definido e estudado como um grande sistema, em que tudo se harmoniza no conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de conveniência acadêmica.

Aceitando a classificação dicotômica (público e privado), apenas para fins didáticos, dentro do direito público poderemos alocar, também (destacando-se a particularidade fundamental do direito constitucional), o direito administrativo, o urbanístico, o ambiental, o tributário, o financeiro, o econômico, o penal, o processual, o internacional etc., ao

[1] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.

contrário do direito civil e do comercial, que, historicamente, preencheriam a categoria do direito privado.

Referida classificação dicotômica pode ser atribuída a Jean Domat (afastando-se daqueles que a imputam ao Direito Romano), que foi quem separou, pela primeira vez, as leis civis das leis públicas e cuja obra influenciou a elaboração do Código Napoleão de 1804, despertando a denominada "Era da Codificação", que conferiu ao Código Civil a natureza de verdadeira "Constituição privada", disciplinando as relações particulares, as regras sobre família, a propriedade, o estado civil, a capacidade etc. Surgia então a ideia do dogma da completude, ou seja, de que os Códigos continham toda a regulamentação das relações privadas, devendo o juiz simplesmente aplicá-las.[2]

Essa perspectiva de codificação do direito civil como regulador das relações privadas é fortalecida pela principiologia do liberalismo clássico, que enalteceu a ideia de liberdade meramente formal perante a Lei e de não intervenção do Estado (direitos de primeira "geração", ou, mais tecnicamente, de primeira "dimensão") (absenteísmo estatal), tema que será retomado no estudo dos direitos fundamentais (cf. item 14.2 deste trabalho).

Em outro momento, além da classificação dicotômica em ramo de direito público e de direito privado, a evolução do Estado liberal para o Estado social de direito faz surgir a necessidade de se reconhecer, ao lado da dicotomia, a categoria dos direitos sociais, cujas normas de direito do trabalho e de direito previdenciário expressam a manifestação de um Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada justiça distributiva (esses novos direitos, chamados de segunda geração ou dimensão, surgem, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1934), tendo como marco a Revolução Industrial.

O texto de 1988, por sua vez, muito embora já tivesse sido insinuado no texto de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de terceira geração ou dimensão, marcados pelo lema da solidariedade ou fraternidade, evidenciando, assim, os direitos transindividuais.[3]

1.1.2 A superação da dicotomia "público-privado" – Constitucionalização do direito privado

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado.

---

[2] Nesse sentido, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de: *A caminho de um direito civil constitucional* e FINGER Julio César: *Constituição e direito privado*.

[3] Novamente, alertamos que esse tema sobre as gerações ou dimensões de direitos será retomado no item 14.2 do capítulo sobre os direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/1988), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que será mais bem estudado no item 14.8 deste trabalho (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).[4]

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de descodificação do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio etc.

Todos esses microssistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o sistema, passando o direito civil por um processo de despatrimonialização.[5]

Portanto, apesar da "suposta" utilidade didática, parece adequado não mais falarmos em ramos do direito, e sim em um verdadeiro escalonamento verticalizado e hierárquico das normas, apresentando-se a Constituição como norma de validade de todo o sistema, situação essa decorrente do princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição (força normativa da Constituição – Konrad Hesse).[6]

Fala-se, então, em uma necessária e inevitável releitura dos institutos, notadamente os de direito civil (e privado), sob a ótica constitucional, conforme o quadro a seguir:[7]

---

[4] Sobre essa perspectiva do Direito civil-constitucional, cf. TEPEDINO, Gustavo: *Temas de direito civil.* LÔBO, Paulo Luiz Netto: *Constitucionalização do direito civil.* MORAES, Maria Celina Bodin de: *A caminho de um direito civil constitucional.* FINGER Julio César: *Constituição e direito privado.* FACCHINI NETO, Eugênio: *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.* FACHIN, Luiz Edson: *Direito de família.* TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo: *Direito civil e Constituição.*

[5] Cf. anota Julio César Finger, "... os princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que é sempre citado como um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal. O direito civil, de modo especial, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente do ponto de vista do patrimônio do indivíduo. Os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais. O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar o seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em uma despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização" (FINGER, Julio César: *Constituição e direito privado*).

[6] Esse tema será retomado no item 6.1 do capítulo sobre o "controle de constitucionalidade".

[7] Ao estudarmos o tema do controle de constitucionalidade, como desmembramento dessa perspectiva, analisaremos a temática da interpretação conforme a Constituição (cf. item 6.7.1.17.2).

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Princípio-Matriz)
• Direito Civil Constitucional
• Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais
• Descodificação do Direito Civil
• Microssistemas
• Despatrimonialização do Direito Civil

1.2 Constitucionalismo

1.2.1 Conceito

Canotilho identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em "movimentos constitucionais". Em seguida, define o constitucionalismo como uma "... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo".[8]

Kildare Gonçalves Carvalho, por seu turno, vislumbra tanto uma perspectiva jurídica como sociológica: "... em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado".[9]

André Ramos Tavares estabelece quatro sentidos para o constitucionalismo: "... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado".[10]

---

[8] CANOTILHO, J. J. Gomes: *direito constitucional e teoria da Constituição.*
[9] CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional.*
[10] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional.*

Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime.

1.2.2 Evolução histórica

A História da Europa pode ser dividida, sem muita preocupação teórica, em quatro grandes "eras": Idade Antiga (até o século V – tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros – 476 d.C.); Idade Média (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV – 1453 d.C.); Idade Moderna (1453-1789 – Revolução Francesa); Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais).

Sem se preocupar com a análise das referidas "eras", Canotilho, entre tantas distinções, estabelece, mais simplificadamente, apenas dois grandes movimentos constitucionais: o constitucionalismo antigo e o moderno, caracterizando-se este último como "... o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político".[11]

Isso posto, passemos a analisar, brevemente, a evolução histórica do constitucionalismo.

1.2.2.1 Constitucionalismo durante a antiguidade

Analisando a Antiguidade clássica, Karl Loewenstein identificou, entre os hebreus, timidamente, o surgimento do constitucionalismo, estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.[12]

Refere o autor, ainda, mais tarde, no século V a.C., a experiência das Cidades-Estados gregas como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a democracia direta, particular a elas, consagrava "... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos".[13]

---

[11] CANOTILHO, J. J. Gomes: *direito constitucional e teoria da Constituição*.
[12] LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la constitución*.
[13] *Ibid.*

1.2.2.2 Constitucionalismo durante a idade média

Durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215 representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais.

1.2.2.3 Constitucionalismo durante a idade moderna

Na Idade Moderna, destacam-se: o Petition of Rights, de 1628; o *Habeas corpus* Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689; e o Act of Settlement, de 1701.[14]

Nessa linha, além dos pactos, há o que a doutrina chamou de forais ou cartas de franquia, também voltados para a proteção dos direitos individuais. Diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local (elemento político).

Os pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade.

1.2.2.4 Constitucionalismo norte-americano

Outro ponto nessa evolução do constitucionalismo foram os chamados contratos de colonização, marcantes na história das colônias da América do Norte.

Como anota Ferreira Filho, "chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras por que haveriam de governar-se. Firma-se, assim, pelos chefes de família a bordo do Mayflower, o célebre "Compact" 1620; desse modo se estabelecem as Fundamental Orders of Connecticut 1639, mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição".[15]

Nesse sentido é que Kildare identifica como indícios do constitucionalismo na América, além dos referidos "contratos de colonização" (Compact e as Fundamental Orders of Connecticut), a Declaration of Rights do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas

---

[14] Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tanto a Magna Carta de 1215 como o Petition of Rights de 1628 são exemplos dos denominados pactos firmados durante a história constitucional inglesa, ou seja, "... convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias dos direitos individuais. Seu fundamento é o acordo de vontades (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da outorga de direitos)..." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*).

[15] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*.

Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781.[16]

1.2.2.5 Constitucionalismo moderno durante a idade contemporânea

Chegamos, então, ao constitucionalismo moderno, em que predominam as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder.

Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder.

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absenteísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Conforme falamos, a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico.

Evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, influenciando, profundamente, a Constituição brasileira de 1934 (Estado Social de Direito).

1.2.2.6 Constitucionalismo contemporâneo durante a idade contemporânea "antenado" com a ideia de "constitucionalismo globalizado"

O constitucionalismo contemporâneo está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de "totalitarismo constitucional, consectário da noção de Constituição programática", e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988.[17]

Fala-se em "totalitarismo constitucional" na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas

---

[16] CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional*.
[17] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente defendido por Canotilho.

Contudo, partindo dessa concepção de normas programáticas, André Ramos Tavares, apoiado no pensamento de Dromi (vide item 1.2.2.7 a seguir), enaltece o constitucionalismo da verdade e, assim, em relação às normas programáticas, identifica duas categorias:

• "normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados";

• "normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis".

Consoante alerta Tavares, "as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais".[18]

Essa concepção de dirigismo estatal (de o texto fixar regras para dirigir as ações governamentais) tende a evoluir para uma perspectiva de dirigismo comunitário, ideia também vislumbrada por André Ramos Tavares ao falar em uma fase atual do constitucionalismo globalizado, que busca difundir a perspectiva de proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações.[19]

Destacamos, ainda, uma concepção de proteção aos direitos de fraternidade ou solidariedade, que são identificados pela doutrina como direitos de terceira dimensão ou geração.[20]

No Brasil, conforme já apontado, essa perspectiva está consagrada no texto de 1988, embora esboçada nos textos de 1946, 1967 e EC nº 1/1969.

1.2.2.7 Constitucionalismo do futuro: O que podemos esperar?

O constitucionalismo do futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores

---

[18] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*.

[19] *Ibid.* e, falando de um dirigismo comunitário, BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

[20] SARLET. Ingo Wolfgang: *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. Este tema sobre as dimensões de direitos fundamentais será esquematizado no item 14.2 deste estudo.

do constitucionalismo fraternal[21] e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.

Por isso, como bem anota José Roberto Dromi, o futuro do constitucionalismo "deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade".

Trata-se da Constituição do "por vir", com os seguintes valores:[22]

• verdade: a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá "prometer" o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;

• solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;

• consenso: a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;

• continuidade: ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;

• participação: refere-se à efetiva participação dos "corpos intermediários da sociedade", consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;

• integração: trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;

• universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

1.2.3 Esquematização do constitucionalismo

MOMENTO HISTÓRICO	DOCUMENTOS/CARACTERÍSTICAS MARCANTES
ANTIGUIDADE	• "Lei do Senhor" – hebreus – limites bíblicos • Democracia direta – Cidades-Estados gregas
IDADE MÉDIA	• Magna Carta de 1215
IDADE MODERNA	• Pactos e forais ou cartas de franquia • Petition of Rights de 1628 • *Habeas corpus* Act de 1679 • Bill of Rights de 1689 • Act of Settlement de 1701
CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO	• Contratos de colonização • Compact 1620 • Fundamental Orders of Connecticut 1639 • Carta outorgada pelo rei Carlos II 1662 • Declaration of Rights do Estado de Virgínia 1776 • Constituição da Confederação dos Estados Americanos 1781

[21] Sobre o constitucionalismo fraternal, cf. interessantes julgados do STF: ADI 3.510 (pesquisas com células-tronco embrionárias), Pet 3.388 (demarcação Raposa Serra do Sol), HC 106.212 (Lei Maria da Penha) e ADPF 132 (união homoafetiva).

[22] Cf. DROMI, José Roberto: *La reforma constitucional*. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos: *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*; BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*; CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional*.

CONSTITUCIONALISMO MODERNO	• Constituição norte-americana de 1787 • Constituição francesa de 1791
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	• Totalitarismo constitucional • Dirigismo comunitário • Constitucionalismo globalizado • Direitos de segunda dimensão • Direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade)
CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO	• Consolidação dos direitos de terceira dimensão: fraternidade e solidariedade • Segundo Dromi, a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade são perspectivas para o constitucionalismo do futuro

1.3 Neoconstitucionalismo[23]

1.3.1 Aspectos iniciais

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo.[24]

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Kildare, de maneira interessante, anota que a perspectiva é de que "ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade",[25] valores já destacados por Dromi dentro de um contexto de constitucionalismo do futuro ou do "por vir" (cf. item 1.2.2.7).

Nas palavras de Walber de Moura Agra, "o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais

---

[23] No tocante aos concursos públicos, o tema aparece, dentre outros, no Edital do IV Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo 2010.

[24] Para um aprofundamento do estudo, confira: BARROSO, Luís Roberto: *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico* (com posfácio de STRECK, Lenio Luiz, de indispensável e interessante leitura). DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos: *Teoria do direito neoconstitucional.* MOREIRA, Eduardo Ribeiro: *Neoconstitucionalismo.* DIMOULIS, Dimitri: *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo.* BARCELLOS, Ana Paula de: *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* STRECK, Lenio Luiz: *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo.* HORBACH, Carlos Bastide: *A nova roupa do direito constitucional.* PAZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo.* CARBONELL, Miguel: *Neoconstitucionalismo(s).* Conferir interessante visão crítica de ÁVILA, Humberto: *"Neoconstitucionalismo"*.

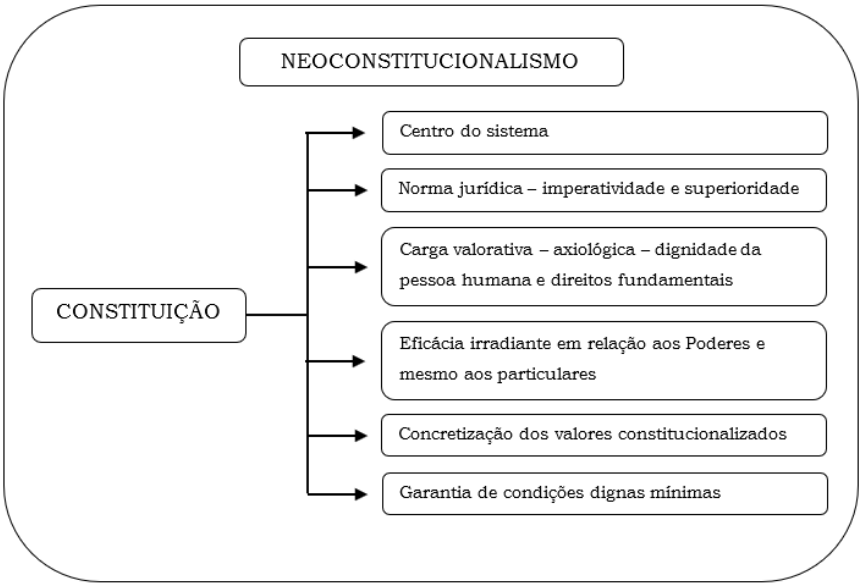
[25] CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional.*

características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva".[26]

E continua: "o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A "Constituição como valor em si". O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais".[27]

CONSTITUCIONALISMO MODERNO	NEOCONSTITUCIONALISMO
• hierarquia entre normas • limitação do poder	• hierarquia entre normas não apenas formal, mas também axiológica – valor • concretização dos direitos fundamentais

1.3.2 Pontos marcantes do neoconstitucionalismo



• Estado constitucional de direito: supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A Lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez,

[26] AGRA, Walber de Moura: *Curso de direito constitucional.*
[27] *Ibid.*

o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.

• Conteúdo axiológico da Constituição: para Barcellos, do ponto de vista material, sobressai o seguinte elemento dentro da noção de constitucionalismo: "a)a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais".[28]

Como importante marca das Constituições contemporâneas, além de realçar seus valores (especialmente após a Segunda Guerra Mundial), associados, particularmente, à ideia da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Barcellos identifica a previsão de opções políticas gerais como a redução de desigualdades sociais (art. 3º, III) e específicas como a prestação, por parte do Estado, de serviços de educação (art. 23, V e art. 205).

Nesse contexto, a partir do momento que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva concretização.

• Concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas: de acordo com a lição de Barcellos, completando, do ponto de vista material, destaca-se um outro elemento na concepção de constitucionalismo: "b) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional".[29]

Sem dúvida, os valores constitucionalizados poderão entrar em choque, seja de modo específico (por exemplo, a liberdade de informação e de expressão e a intimidade, honra e vida privada), seja de modo geral, no que, conforme afirma, diz respeito "ao próprio papel da Constituição".

Em uma visão substancialista a Constituição deveria impor "um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais", ou mesmo designada de procedimentalismo a Constituição deve "garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas próprias convicções materiais", em relação a qualquer das posições que se filie, mesmo no "procedimentalismo" deverão ser resguardadas as condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos.[30]

Ainda, segundo Dirley da Cunha Júnior, "... foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância

---

[28] BARCELLOS, Ana Paula de: *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.*

[29] *Ibid.*

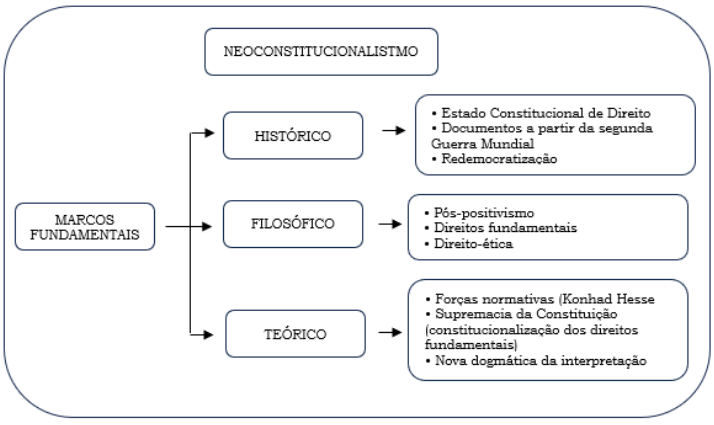
[30] *Ibid.*

do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana".[31]

1.3.3 Marcos fundamentais para se chegar a um "novo direito constitucional" – Neoconstitucionalismo

Em interessante trabalho, Barroso aponta três marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de "novo": o histórico, o filosófico e o teórico.

Ao analisar o quadro a seguir, conclui-se que "o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: a) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; b) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e c) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito".[32]



Assim, podemos esquematizar:[33]

• histórico: evidenciam-se aqui as Constituições do pós-guerra, na Europa, destacando-se a da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o Tribunal Constitucional Federal 1951; a da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional 1956; a de Portugal 1976 e a da Espanha 1978, todas enfocando a perspectiva de redemocratização e Estado

---

[31] CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Curso de direito constitucional* (grifamos).
[32] BARROSO, Luís Roberto: *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*.
[33] *Ibid.*

Democrático de Direito. No Brasil, o destaque recai sobre a Constituição de 1988, em importante processo democrático;

• filosófico: o pós-positivismo aparece como o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

A ideia de jusnaturalismo moderno se desenvolve a partir do século XVI, aproximando a Lei da razão e se transformando, assim, na filosofia natural do Direito, e vai servir de sustentáculo, "fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos", para as revoluções liberais, consagrando-se nas Constituições escritas e nas codificações. "Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito".

Nesse contexto surge a noção do pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo. "O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia";

• teórico: a) força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova dogmática da interpretação constitucional.

Dentro da ideia de força normativa (Konrad Hesse), pode-se afirmar que a norma constitucional tem status de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade, com as consequências de seu descumprimento (assim como acontece com as normas jurídicas), permitindo o seu cumprimento forçado.

No contexto de expansão da jurisdição constitucional, Barroso observa que, "antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa, da Lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela

experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais".

Ao confrontar regras (enunciados descritivos, aplicados de acordo com as regras de subsunção, isso quer dizer a aplicação e enquadramento do fato à norma) e princípios (normas que consagram valores), Barroso conclui no sentido de uma nova dogmática da interpretação constitucional, não mais restrita à denominada interpretação jurídica tradicional.

Assim, "... as especificidades das normas constitucionais [...] levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade".

Enfim, essas são as marcas do "novo direito constitucional" ou neoconstitucionalismo, que se evidencia ao propor a identificação de novas perspectivas, marcando, talvez, o início de um novo período do Direito Constitucional.

1.4 O novo constitucionalismo democrático latino-americano. Constitucionalismo pluralista (andino ou indígena). Estado plurinacional e intercultural

O denominado novo constitucionalismo latino-americano (por alguns chamado de constitucionalismo andino ou indígena) culmina com a promulgação das Constituições do Equador 2008[34] e da Bolívia 2009[35] e sedimenta-se na ideia de Estado plurinacional,[36] reconhecendo, constitucionalmente, o direito à diversidade cultural e à identidade e, assim, revendo os conceitos de legitimidade e participação popular, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena.

---

[34] Em relação à Constituição do Equador, cf.: GRIJALVA, Agustín: *O estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008*. e WILHELMI, Marco Aparicio: *Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista*.

[35] Para mais discussões sobre a Constituição da Bolívia, cf. VARGAS, Idón Moisés Chivi: *Os caminhos da descolonização na américa latina* e GARCÉS V., Fernando: *Os esforços de construção descolonizada de um estado plurinacional na bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavalheiro com um novo paletó*.

[36] Para aprofundar, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: *La reinvención del estado y el estado plurinacional*.

Trata-se, inegavelmente, de necessária e real transformação estrutural e, assim, conforme aponta Grijalva, "o constitucionalismo plurinacional só pode ser profundamente intercultural, uma vez que a ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas, e eliminar – ou, ao menos, diminuir – as ilegítimas, mantendo a unidade como garantia da diversidade".[37]

Esse modelo de constitucionalismo pluralista pressupôs rupturas paradigmáticas, muito bem delimitadas por Raquel Yrigoyen Fajardo, a saber: a) colonialismo, b) constitucionalismo liberal, c) constitucionalismo social-integracionista e d) constitucionalismo pluralista (delimitado por 3 ciclos de reformas constitucionais):[38]

• colonialismo: vigorava a ideologia da "inferioridade natural dos índios", em um modelo de subordinação;

• constitucionalismo liberal (século XIX): construção do Estado-nação pelo "monismo jurídico", ou seja, como bem anota Yrigoyen Fajardo, a existência de um único sistema jurídico dentro do Estado, sobressaindo-se um regramento geral para todos. A ideia de pluralismo jurídico, como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico... não era admitida pela ideologia do Estado-nação, havendo exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres, das maiorias subordinadas, buscando a manutenção da sujeição dos índios;[39]

•constitucionalismo social-integracionista (século XX): marcado pela Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, há o reconhecimento de direitos sociais e sujeitos coletivos, com a ampliação das bases de cidadania. O Estado define o modelo de integração dos índios com o Estado e o mercado, não havendo, contudo, rompimento da ideia de Estado-nação e monismo jurídico;[40]

•constitucionalismo pluralista (séculos XX e XXI): Yrigoyen Fajardo reconhece 3 ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, evidenciando-se novos atores sociais nos processos decisórios: a) ciclo multicultural 1982-1988; b) ciclo pluricultural 1989-2005 e c) ciclo plurinacional 2006-2009.[41] Vejamos a esquematização:[42]

---

[37] GRIJALVA, Agustín: *O estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008.*

[38] FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. Cf., ainda, da mesma autora, *Aos 20 anos da convenção 169 da oit.*

[39] FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista*

[40] *Ibid.*

[41] *Ibid.*

[42] A tabela, bem como as citações, foi retirada de FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen: *aos 20 anos da convenção 169 da oit*. E, como bem descreve a ilustre pesquisadora, "as reformas constitucionais mais importantes ocorridas nas últimas três décadas impactaram a própria definição do modelo de Estado e reconfiguraram a relação jurídica entre os Estados e os povos indígenas. Estas reformas foram feitas segundo o horizonte do Convênio 169 da OIT; com exceção do Chile, todos os países andinos mudaram a Constituição (Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994 - 2007, Equador em 1998 e 2008, e Venezuela em 1999) incorporando

CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

	Ciclo Multicultural	Ciclo Pluricultural	Ciclo Plurinacional
CARACTERÍSTICAS	• "introdução do direito – individual e coletivo – à identidade cultural, junto com a inclusão de direitos indígenas específicos"	• "incorpora os direitos contidos no Convênio 169 da OIT. Este ciclo afirma o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzido no primeiro ciclo, mas desenvolve mais o conceito de "nação multiétnica" e "estado pluricultural", qualificando a natureza da população e avançando rumo ao caráter do Estado. Também reconhece o pluralismo jurídico, assim como novos direitos indígenas e de afrodescendentes"	• "os povos indígenas demandam que sejam reconhecidos não apenas como "culturas diversas", mas como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que se configurariam, assim, como Estados plurinacionais. E, além disso, reclamam, ao Estado, direitos sociais e um papel frente às transnacionais e poderes materiais tradicionais"
PAÍSES	•Canadá – 1982 • Guatemala – 1985 • Nicarágua • 1987 • Brasil – 1988	• Colômbia – 1991 • México – 1992 • Paraguai – 1992 • Peru – 1993 • Bolívia – 1994 • Argentina – 1994 • Equador – 1996/1998 • Venezuela – 1999	• Equador – 2008 • Bolívia – 2009
DOCUMENTOS NORMATIVOS (INTERNACIONAIS)	•Revisão da Convenção 107/OIT	• Convenção 169/OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Decreto nº 5.051/2004)	• Aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – 2007

1.5 Constitucionalismo e soberania popular

1.5.1 Aspectos gerais

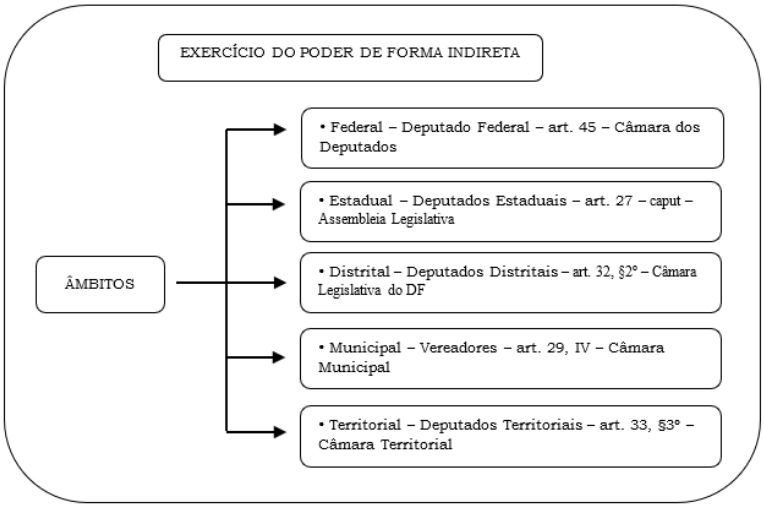
A ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição e de que esta deve conter limitações ao poder autoritário e regras de prevalência dos direitos fundamentais desenvolve-

elementos do Convênio 169. Entre tais reformas, cabe ressaltar as que seguem: a) o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado/Nação/República, e o direito à identidade cultural, individual e coletiva. O que permite superar a ideia de Estado-nação monocultural e monolíngue; b) o reconhecimento da igual dignidade das culturas, que rompe com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais; c) o caráter do sujeito político dos povos e comunidades indígenas e campesinas. Os povos indígenas têm direito ao controle das suas instituições políticas, culturais e sociais e seu desenvolvimento econômico. O que permite superar o tratamento tutelar desses povos, como objeto de políticas que ditam terceiros; d) o reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta de povos indígenas, campesinos e afrodescendentes. O que supera a ideia de que apenas os funcionários públicos representam e podem formar a vontade popular; e) o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição especial. Isto supõe uma forma de pluralismo jurídico interno. Todos os países andinos incorporaram na Constituição alguma fórmula de pluralismo legal reconhecendo autoridades indígenas ou campesinas, funções de justiça ou jurisdicionais, e o direito indígena ou suas próprias normas e procedimentos; f) junto a isso, o reconhecimento de um conjunto de direitos relativos à terra, as formas organizacionais coletivas, educação bilíngue intercultural, oficialização de idiomas indígenas, etc.".

se no sentido da consagração de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF/1988) e, portanto, de soberania popular.

Assim, de forma expressa, o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988 concretiza que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Vale dizer, mencionado art. distingue titularidade de exercício do poder. O titular do poder é o povo. Como regra, o exercício desse poder, cujo titular, repita-se, é o povo, dá-se através dos representantes do povo, que, como veremos ao tratar do poder legislativo, são os Deputados Federais (âmbito federal), os Deputados Estaduais (âmbito estadual), os Deputados Distritais (âmbito do DF), os Vereadores (âmbito municipal) e os Deputados Territoriais (âmbito de eventuais Territórios Federais que venham a ser criados). Lembramos, desde já, que os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-Membros e o Distrito Federal, de acordo com o art. 46, da CF/1988.



Além de desempenhar o poder de maneira indireta (democracia representativa), por intermédio de seus representantes, o povo também o realiza diretamente (democracia direta), concretizando a soberania popular, que, segundo o art. 1º, da Lei nº 9.709/1998 (que regulamentou o art. 14, I, II e III, da CF/1988), "é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular".

Podemos falar, então, que a CF/1988 consagra a democracia semidireta ou participativa, verdadeiro sistema híbrido e que será mais bem desenvolvido no capítulo 17, ao qual remetemos o nosso querido leitor (o estudo específico da iniciativa popular será feito no capítulo 9, no caso, no item 9.13.3.4).

1.6 Constitucionalismo popular (Tushnet) – "judicial review" – "teorias do diálogo constitucional" (Bateup) e "os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas" (Barroso)

1.6.1 Constitucionalismo popular: Perspectivas

Um dos maiores desafios a ser enfrentado é aquele decorrente da dificuldade de se justificar e aceitar o modelo de revisão judicial pelo qual se invalida a vontade do povo materializada no trabalho legislativo fruto da atuação do parlamento.

Este conhecido fenômeno tem sido denominado pela doutrina clássica de "dificuldade contramajoritária"[43] (ou seja, a palavra final na interpretação sendo dada por juízes destituídos de legitimidade democrática).

Souza Neto e Sarmento, ao analisarem o modelo constitucional dos Estados Unidos e também reconhecerem a supremacia da Constituição como "um princípio jurídico judicialmente tutelado" (Marbury vs. Madison) e não apenas uma proclamação política, também destacam a tensão entre supremacia judicial e "constitucionalismo popular".[44]

Conforme observam, "é verdade que o controle judicial de constitucionalidade das leis (judicial review) sofre até hoje contestações nos Estados Unidos, sendo frequentemente apontado como um instituto antidemocrático, por transferir aos juízes, que não são eleitos, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo, com base nas suas interpretações pessoais sobre cláusulas constitucionais muitas vezes vagas, que se sujeitam a diversas leituras...".[45]

Nesses termos, constitucionalismo popular pode ser definido sob a perspectiva de que o povo – e não os juízes – seriam melhores e mais adequados intérpretes da Constituição.[46]

Nimer Sultany,[47] por sua vez, em interessante proposta de "mapeamento" das respostas apresentadas para solucionar esta inegável tensão entre constitucionalismo e democracia, nesse contexto da crítica ao modelo de revisão judicial e à denominada "dificuldade contramajoritária", identifica 4 grandes grupos de autores:

---

[43] Conforme anotou Luís Roberto Barroso, referida expressão – em inglês "*counter-majoritarian difficulty*" – se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel (*The least dangerous branch*) – BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*

[44] No tocante ao tema e às críticas ao "judicial review", destacamos: KRAMER, Larry D: *The people themselves.* TUSHNET. Mark: *Taking the constitution away from the courts* e WALDRON, Jeremy: *The core of the case against judicial review.*

[45] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel: *Direito constitucional.*

[46] Discorrendo sobre o assunto, apesar de criticar essa perspectiva do constitucionalismo popular, cf. CHEMERINSKY, Erwin: *In defense of judicial review.*

[47] SULTANY, Nimer: *The state of progressive constitutional theory.*

• “deniers”: negam a tensão e, assim, justificam e admitem o modelo de revisão judicial sem maiores dificuldades – Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer;

• “reconcilers”: admitem a tensão, mas esta pode ser reconciliada, justificando, por consequência, a revisão judicial – John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer;

• “endorsers”: apesar de reconhecerem a impossibilidade de reconciliação da tensão, a endossam, podendo a revisão judicial ser prudencialmente justificada – Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe;

• “dissolvers”: dissolvem a tensão na medida em que renunciam à possibilidade de revisão judicial em relação à legislação, caracterizando-a como ilegítima – Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet.

Certamente, o estudo sobre o embate entre o modelo da judicial review (revisão judicial) e o constitucionalismo popular deverá ser aprofundado no Brasil, sendo a experiência dos Estados Unidos bastante importante e rica para essa compreensão.

1.6.2 Supremacia judicial versus soberania judicial: A nossa posição no sentido do diálogo constitucional

Desde já, deixamos o nosso entendimento contrário às propostas que negam o judicial review de modo absoluto. Possuem razão Souza Neto e Sarmento ao afirmarem não ser “[...] salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. [...] É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo,[48] em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF”.[49]

Nesse sentido, parece interessante a proposta da noção de “última palavra provisória” a ser estabelecida pelo Judiciário, não se mostrando razoável a imposição de uma perspectiva de “soberania” judicial (no sentido de única palavra), conforme quadro, a partir das lições de Larry Kramer abaixo transcritas.[50] Vejamos:

---

[48] Sobre o que o autor chama de “teorias do diálogo institucional”, defendendo “que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional”, cf. MENDES, Conrado Hübner: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Na doutrina nacional, destacamos, também, BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais;* especialmente a parte II do trabalho, e LEITE, Glauco Salomão: *Juristocracia e constitucionalismo democrático*. Ainda, sobre o tema dos “diálogos constitucionais”, na doutrina estrangeira, cf. BATEUP, Christine. *The dialogic promise*, e ROACH, Kent: *The supreme court on trial*.

[49] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel: *Direito constitucional.*

[50] KRAMER, Larry D: *The supreme court 2000 term forward*.

LARRY KRAMER	
"We the People" X "We the Court" (As pessoas X A corte)	
JUDICIAL SUPREMACY (Supremacia judicial)	JUDICIAL SOVEREIGNTY (Soberania judicial)
• "Having the last word" (Possui a última palavra)	• "Having the only word" (Possui a única palavra)

Conforme propõe Kramer, há "um mundo de diferenças entre ter a última palavra (last word) e ter a única palavra (only word); entre supremacia judicial (judicial supremacy) e soberania judicial (judicial sovereignty). Podemos optar por aceitar a supremacia judicial porque precisamos de alguém para resolver certas questões constitucionais e, por uma variedade de razões históricas e jurisprudenciais, a Suprema Corte tem parecido ser a nossa melhor opção. Mas isso não significa que a Corte deva exercer a sua autoridade sobre todas as questões ou que, quando exerce a sua função, a Corte possa desprezar ou rapidamente substituir os pontos de vista de outras instituições mais democráticas. Ou, ainda, em outras palavras, na doutrina da supremacia judicial, não há um comando propondo negar que a Constituição tem qualidades que a diferenciam do direito comum, ou que essas qualidades conferem legítima autoridade interpretativa aos atores políticos como meio de se garantir uma contribuição popular contínua na definição do significado constitucional".[51]

1.6.3 Reversão (superação) legislativa da jurisprudência da corte: Possibilidade de mutação constitucional pela via legislativa

O Ministro Fux, no julgamento da ADI 5.105, identificou diversas situações de inegável reversão legislativa de decisões do STF, seja por emenda ou por lei, desautorizando, assim, o modelo da "supremacia judicial em sentido forte ou material" e, por consequência, não se aceitando a concepção de "última palavra definitiva".[52]

Conforme observa, "essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais". Isso porque "ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo", negando-se a adoção de um "autoritarismo judicial".

---

[51] KRAMER, Larry D: *The supreme court 2000 term forward*. (tradução livre).

[52] Aliás, em seu voto proferido na ADI 5.105, com razão observa o Min. Fux que "a própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de "sociedade aberta aos intérpretes da Constituição"". (Sobre o tema e as perspectivas trazidas por Peter Häberle, cf. item 3.9 deste nosso estudo.)

Como se sabe, o efeito vinculante da decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado, ou mesmo em razão de edição de súmula vinculante, não vincula o Poder Legislativo em sua função típica de legislar, podendo editar Lei com conteúdo idêntico àquela que fora declarada inconstitucional pelo STF, em saudável diálogo constitucional (cf. item 6.7.1.8 e o exemplo do amianto no item 7.11.1).

Esse entendimento encontra fundamento tanto na explicitação de que o efeito vinculante previsto nos art. 102, § 2º e art. 103-A não está direcionado para o legislador (o texto fala apenas Judiciário e Administração Pública), assim como no dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), exigindo assim, em caso de nova provocação judicial decorrente da reversão legislativa, o enfrentamento da questão específica e de eventuais novos argumentos trazidos pelo legislador.

Em seu voto, o Min. Fux estabelece providências distintas de acordo com o instrumento utilizado para a superação da jurisprudência da Corte:

Reversão Legislativa da Jurisprudência da Corte – Adi 5.105 – Voto Min. Fux	
EMENDAS	LEIS
• Limites ao poder de reforma	• Presunção de inconstitucionalidade

• emenda constitucional: o controle judicial incide apenas sobre os limites ao poder de reforma fixados na própria Constituição (art. 60);

• ato normativo infraconstitucional: em sentido diverso das emendas constitucionais, os atos normativos infraconstitucionais nasceriam com presunção *iuris tantum* (relativa) de inconstitucionalidade, "de modo que caberia ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária", submetendo-se, em razão disso, a um controle judicial mais rigoroso.[53]

Assim, em importante conclusão, observa que "a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes atores contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar

[53] Para um interessante aprofundamento da denominada "teoria dos diálogos institucionais", cf. voto do Min. Fux na ADI 5.105, além de doutrina citada em nota anterior.

como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas" (acórdão lavrado na ADI 5.105).

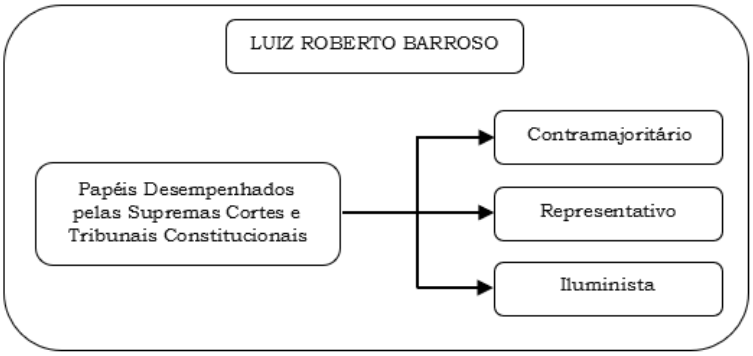
Ainda no julgamento da ADI 5.105, o Min. Barroso procura atenuar a visão tradicional e clássica da supremacia judicial, tendo em vista a influência da chamada democracia deliberativa. Vejamos: "[...] tem se compreendido que a supremacia judicial deve ceder espaço aos chamados diálogos institucionais. Nunca existiria, assim, uma decisão final e definitiva sobre determinada questão constitucional. A interpretação, ainda que consagrada pelo STF,[54] ficaria sempre aberta ao debate público e a novas propostas".

1.6.4 "Os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas" (Luís Roberto Barroso)

Fixada essa premissa de diálogos constitucionais, quais seriam, então, os papéis desempenhados pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais? Barroso propõe interessante sistematização:[55]

[54] Em sede acadêmica, estabeleceu Barroso que "haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercendo o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a Lei vier a alterá-lo". E completa: "como intuitivo, essa Lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal" (BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*). Completando esse entendimento doutrinário, Barroso deixa clara a necessidade de a decisão ficar sempre "aberta ao debate público e a novas propostas", conforme visto acima (acórdão). E completa fazendo a mesma distinção apresentada pelo Min. Fux no tocante ao instrumento de superação da jurisprudência: a) se por emenda constitucional, haveria prevalência da vontade do Congresso Nacional que estaria sujeita apenas aos limites constitucionais ao poder de reforma, em especial, às cláusulas pétreas; b) se, contudo, a alteração vier por lei, essa situação se daria nos casos em que há mais de uma possibilidade de interpretação constitucional válida e o Legislativo escolheu uma, diversa da prestigiada pela Corte. Nesse caso, contudo, "a superação da jurisprudência por Lei demanda do Congresso Nacional significativo esforço argumentativo. É preciso, em síntese, que ele explicite tanto a existência de mais de uma interpretação possível como os motivos pelos quais a interpretação por ele adotada seria melhor do que a encampada pelo STF" (ADI 5.105).

[55] No dia 16.11.2017, tivemos o privilégio de acompanhar um debate entre Luís Roberto Barroso (Brasil) e Mark Tushnet (EUA) na Universidade de Harvard. Barroso expôs, em inglês e para plateia extremamente qualificada, essa proposta de sistematização, encaminhando-nos, gentilmente, a versão do texto que preparou para sua conferência, traduzido para o português (BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*). Em momento seguinte, referido texto foi publicado no livro BARROSO, Luís Roberto: *A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal*. Essa parte do nosso trabalho foi escrita com base no referido estudo, extremamente denso, devendo todos os créditos da sistematização ser atribuídos ao ilustre professor. A parte específica da sistematização dos papéis das Cortes.



1.6.4.1 O papel contramajoritário

Conforme ensina Barroso, "supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos Federalist Papers[56] por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em Marbury vs. Madison, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de "dificuldade contramajoritária"".[57]

Segundo o autor, dois fundamentos principais asseguram a legitimidade democrática da jurisdição constitucional: "a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua Suprema Corte ou Corte Constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias (John Stuart Mill). Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais", devendo

[56] "O Federalista" é uma série de 85 ensaios jornalísticos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, publicados anonimamente sob o pseudônimo Publius em vários jornais do Estado de Nova York entre outubro de 1787 e maio de 1788. Referidos documentos foram publicados com o objetivo de estimular e convencer a população do Estado de Nova York a aprovar a proposta de Constituição dos Estados Unidos, redigida na Filadélfia no verão de 1787. Na medida em que Hamilton e Madison eram membros da constituinte, os documentos Federalistas têm sido utilizados como importante fonte de interpretação da Constituição dos Estados Unidos. No caso específico do papel do Poder Judiciário, assim como do embate entre disposições da Constituição e, da Lei, cf. o Federalista nº 78, escrito por Hamilton.

[57] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*

ser considerada, também, a sua dimensão substantiva, a incluir igualdade, liberdade e justiça.[58]

1.6.4.2 O papel representativo

Barroso faz importante constatação a justificar esse denominado papel representativo que vem sendo desempenhado pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. Muito embora os juízes não sejam eleitos pelo povo, em algumas situações, a decisão da Corte estará muito mais na linha da vontade popular do que a Lei ou ato normativo editado pelo Parlamento, que, como se sabe, representa a vontade popular. Ou seja, as escolhas políticas realizadas pelo Parlamento nem sempre coincidirão com o sentimento da maioria.

Segundo constata, é possível reconhecer uma "crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos Parlamentos", o que levou a uma "expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes".[59]

Assim, "em certos contextos, por paradoxal que pareça, Cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais", e isso pode ser justificado por algumas razões:[60]

• qualificação técnica dos julgadores: a escolha dos juízes, por regra, se implementa por concurso público no qual se enfatiza a qualificação técnica, afastando-se a influência política. Devemos alertar, contudo, que o modelo de escolha e nomeação de juízes de Cortes Constitucionais, como é a realidade brasileira, não consegue blindar aspectos políticos, o que, sem dúvida, estimula a revisitação do modelo previsto na Constituição brasileira;

• vitaliciedade: os juízes não estão sujeitos "às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral";

• inércia: "os juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido";

• motivação das decisões judiciais: as decisões judiciais, "para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento".

Dessa forma, em determinadas situações, as decisões judiciais não serão necessariamente contra a vontade da maioria e, assim, não serão contramajoritárias, já que, no caso, representativas, ou coincidentes, com a vontade da maioria.

Assim, Barroso sugere, com razão, uma correção terminológica para essas hipóteses nas quais a revisão judicial coincide com a vontade da maioria, preferindo denominar a

---

[58] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*
[59] *Ibid.*
[60] *Ibid.*

decisão como sendo "contralegislativa", "contracongressual" ou "contraparlamentar" e não contramajoritária. Barroso traz alguns exemplos interessantes dessa atuação representativa da Corte, tanto na jurisprudência estrangeira, como no Brasil, destacando-se:[61]

• Griswold vs. Connecticut – 381 U.S. 479, 1965: a Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Em sua observação, Barroso sustenta que a decisão judicial que prestigiou o direito de privacidade expressa muito mais o sentimento majoritário do que o ato normativo que proibia o uso de contraceptivos;

• Lawrence vs. Texas – 539 U.S. 558, 2003: a Suprema Corte dos EUA invalidou Lei do Estado do Texas que criminalizava relações íntimas homossexuais. Essa decisão, segundo observa Barroso, correspondeu à vontade da maioria, que não achava adequada referida criminalização prevista na lei;

• ADI 4.650 – Brasil: o STF declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Segundo Barroso, essa decisão da Suprema Corte brasileira encontrou amplo apoio popular, já que o modelo adotado pelo legislador "reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo";

• Criminalização da "difamação" – Quênia: a Suprema Corte do Quênia declarou a inconstitucionalidade de dispositivos do Código Penal que criminalizavam a "difamação". Essa prescrição violava a liberdade de expressão dos cidadãos e era "frequentemente utilizada por políticos e autoridades públicas para silenciar críticas e denúncias de corrupção veiculadas por jornalistas ou mesmo por cidadãos comuns";

• Aborto – Canadá: em 1988, a Suprema Corte do Canadá declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Penal que criminalizava o aborto. Conforme relata Barroso, pesquisas de opinião realizadas há 6 anos da decisão já sinalizavam que 75% da população do Canadá era a favor da liberdade de escolha pela mulher grávida.

A justificativa do papel representativo da Corte encontraria fundamento na dimensão deliberativa da chamada democracia contemporânea,[62] segundo proposta de sistematização trazida por Barroso.

Em suas palavras, "cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea inclui votos e argumentos. Um insight importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à Corte Constitucional como representante argumentativo da

---

[61] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*
[62] *Ibid.*, neste nosso estudo, reproduzida no item 17.1.6.

sociedade. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção".[63]

1.6.4.3 O papel iluminista

Conforme explica Barroso, "ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais".[64]

Essa atuação do Poder Judiciário, no sentido de "empurrar a história na direção do progresso social", superando bloqueios institucionais, caracteriza o papel iluminista das Cortes descrito pelo ilustre professor. Conforme adverte, "o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso Nacional nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima".[65]

Barroso alerta que esse papel iluminista desempenhado pelas Cortes deve ser ocasional: "trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas".[66] Nesse sentido, o autor destaca, dentre outros, os seguintes exemplos, enaltecendo aqui a jurisprudência americana:

• Brown vs. Board of Education – 347 U.S. 483, 1954: a Suprema Corte dos EUA, por unanimidade, entendeu que o estabelecimento de escolas para brancos e para negros separadamente acarretava violação à 14ª Emenda, combatendo a proposta de segregação que até então era admitida. "O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do "separados, mas iguais" (Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896) – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis. As reações do *status quo* vieram de formas diversas: resistência ao cumprimento da decisão, a crítica política – a Corte teria agido como "uma terceira câmara

[63] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*
[64] *Ibid.*
[65] *Ibid.*
[66] *Ibid.*

legislativa" e a crítica doutrinária: Brown não teria observado "princípios neutros" de interpretação constitucional";[67]

• Loving vs. Virginia – 388 U.S. 1, 1967: a Suprema Corte dos EUA proferiu decisão histórica nulificando Lei que proibia e considerava crime o casamento entre brancos e negros, superando, assim, o precedente estabelecido em Pace vs. Alabama 106 U.S. 583, 1883. Por incrível que pareça, o Código da Virgínia capitulava a miscigenação como crime punível com pena de prisão de 1 a 5 anos. O casal Loving havia sido condenado a 1 ano de prisão e a sentença substituída pelo afastamento do Estado por no mínimo 25 anos (decisão proferida no ano de 1959). Referida Lei do Estado da Virgínia e outras antimiscigenação foram consideradas inconstitucionais pela Corte, sendo, portanto, invalidadas em 1967. Conforme observa Barroso, o caráter iluminista dessa decisão é mais fácil de se perceber em relação aos estados do sul dos Estados Unidos, que ainda mantinham leis discriminatórias, apesar de supor que no plano nacional referidas leis já não eram mais admitidas e, sob essa perspectiva, o seu caráter seria representativo;[68]

• Roe vs. Wade – 410 U.S. 113, 1973: a Suprema Corte dos EUA, por 7 x 2, reconheceu a possibilidade de interrupção da gravidez até o primeiro trimestre, tendo por fundamento o direito à privacidade da mulher e a interpretação dada à 14ª emenda, assegurando-lhe a decisão sobre a continuidade ou não da gestação.[69] Conforme anotou Barroso, essa decisão veio a ser revisitada pela Corte em precedentes seguintes e, sem dúvida, contrariou a vontade de uma maioria, tendo, inclusive, gerado forte reação social (denominada backlash) dos segmentos derrotados.[70]

Barroso, ao final, faz um interessante alerta apontando eventuais riscos de desmedida ou excesso – e suas consequências, decorrentes desses papéis assumidos pela Corte: "o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história". Mas observa com precisão: sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males.[71]

---

[67] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista* e item 14.10.2.2 deste nosso estudo.

[68] *Ibid.*

[69] Sobre o tema, cf. item 14.10.1.4 deste nosso estudo

[70] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista*

[71] *Ibid.*

1.7 Constitucionalismo democrático e "backlash" (reação social em razão de decisão da corte)

O tema em questão tem sido pouco explorado pela doutrina brasileira. Em relação à jurisprudência do STF encontramos rápida passagem no voto do Min. Fux em julgado da Corte que reconheceu a constitucionalidade material, da Lei da Ficha Limpa.[72] Apesar de curta, a referência ao tema mostra-se extremamente densa e com perspectivas de amplas e calorosas discussões acadêmicas.

Conforme observa Fux, "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos [...] identificam como backlash, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades".

E continua: "obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular".

Em seguida, ao afirmar a necessidade de o Tribunal ter que considerar a "fortíssima opinião popular" sobre a Lei da Ficha Limpa, Fux conclui: "se a Suprema Corte é o último ator nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão".

O tema tem sido debatido na doutrina norte-americana, destacando-se o trabalho de Robert Post e Reva Siegel,[73] no qual os professores da Universidade de Yale refutam tanto a noção de constitucionalismo popular (que propõe o afastamento total das Cortes – Tushnet[74]), como a proposta de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (mínima intervenção judicial e o aconselhamento aos tribunais para não assumirem posição em relação a temas polêmicos e com entendimentos antagônicos e diametralmente opostos – Cass R. Sunstein[75]).

Post e Siegel resumem os 5 fundamentos elencados por Sunstein para justificar a atuação minimalista dos tribunais: "o minimalismo reduz os custos da decisão para os

---

[72] ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2012, Plenário, DJE de 2012. Neste estudo, cf. item 17.4.1.2.4.

[73] RAGE, Roe: *Democratic constitutionalism and backlash*.

[74] TUSHNET. Mark: *Taking the constitution away from the courts*.

[75] SUNSTEIN, Cass R: *Beyond judicial minimalism*.

tribunais que estão buscando decidir casos. Reduz os custos de erros associados a julgamentos equivocados. Reduz as dificuldades relacionadas à "racionalidade limitada (bounded rationality), incluindo a falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos". "Ajuda a sociedade a lidar com o pluralismo razoável". E, "talvez o mais importante", o minimalismo "permite ao processo democrático uma grande quantidade de espaço para se adaptar aos desenvolvimentos futuros, produzir mutuamente compromissos vantajosos e para adicionar novas informações e perspectivas a questões legais"".[76]

Conforme alertado, contudo, na visão do constitucionalismo democrático trazida por Post e Siegel, a proposta de minimalismo sustentada por Sunstein superestima os custos do backlash e subestima os seus benefícios (no mesmo sentido de Sunstein, Michael Klarman e William Eskridge, cujos ensinamentos também sofreram críticas dos professores de Yale).[77]

Para os autores, a noção de constitucionalismo democrático considera a reação e o desacordo como fatores normais e até saudáveis, na medida em que sustenta a legitimidade de diversos atores para fazer valer a Constituição.

Aprofundando a terminologia backlash, o texto apresenta a sua evolução ao longo do tempo.[78] Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary). Para se ter um exemplo interessante do uso clássico da palavra, o meu querido leitor que gosta de pescar talvez já tenha passado pela experiência do "backlash". Ao usar uma vara de pesca com carretilha, se eventualmente um peixe der uma fisgada extremamente brusca e forte, a roldana da carretilha irá girar tão rápido sob o seu eixo que a linha ficará toda desorganizada na vara, como se fosse um emaranhado de fios, causando uma situação bastante desagradável para o pescador. A palavra em inglês "backlash" descreve essa situação crítica do pescador.

Em momento seguinte, a palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do *status quo*,

---

[76] RAGE, Roe: *Democratic constitutionalism and backlash*. (tradução livre). Conforme observou Barroso, de acordo com essa visão de atuação minimalista dos tribunais, "decisões judiciais devem ser "limitadas em vez de abrangentes" ("narrow rather than wide") e "rasas em vez de profundas" ("shallow rather than deep")". Mas atenção: como bem destacou Barroso, "ao revisitar o tema em texto posterior, Sunstein atenuou o argumento de que o minimalismo seja invariavelmente o melhor curso de ação. Afirmou, assim, que em certos contextos é necessário "ir bem além do minimalismo" ("go well beyond minimalism") e que "in the most glorious moments in democratic life" as decisões refletem "theoretical depth, and they are wide rather than narrow". E cita como exemplos julgados como o que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial, o que afirmou que a liberdade de expressão tem raízes no ideal democrático de autogoverno e o que assentou que o princípio da igualdade impede que as diferenças entre os sexos sejam fonte de sistemáticas desvantagens sociais. V. Cass R. Sunstein, Beyond judicial minimalism, Tulsa Law Review (BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista*, nota 51).

[77] POST. Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: *Democratic constitutionalism and backlash*.

[78] *Ibid.*

destacando-se aqui, por exemplo, reações aos movimentos de conquista de direitos civis e aos movimentos feministas em busca de direitos etc.

Finalmente, Post e Siegel observam que a doutrina norte-americana passou a empregar o termo backlash – nesse sentido de reação, a partir do papel desempenhado pelas Cortes em relação a temas extremamente delicados para o seu momento histórico, como a separação entre brancos e negros em escolas do Sul dos Estados Unidos (Brown vs. Board of Education) e o reconhecimento da possibilidade da interrupção da gravidez até o primeiro trimestre (Roe vs. Wade), dentre tantos outros.

Conforme explicam, a maioria dos autores refere-se ao fenômeno backlash sob a perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário.

Contudo, sustentam que o constitucionalismo democrático consegue acomodar essa tensão e preservar o respeito à Constituição, demonstrando que, em muitas situações, a controvérsia e a reação apresentam-se como positivas.

De modo conclusivo, observam que "o constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. Ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição dos tribunais, reconhecendo o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Ao contrário da perspectiva de foco juricêntrico, o constitucionalismo democrático enaltece o papel extremamente relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional".[79]

E, finalmente, um alerta deve ser feito: por mais que o Judiciário deva estar sensível às demandas políticas e sociais dentro dessa perspectiva sugerida pelo constitucionalismo democrático, jamais se admitirá que a decisão, apesar de agradar a opinião pública, seja contrária à Constituição. Naturalmente, os critérios técnicos e jurídicos deverão estar presentes e, nesse sentido, bastante interessante a proposta de sistematização trazida por Barroso ao estabelecer o papel das Cortes, admitindo inclusive que, em certas situações, as decisões não encontrem respaldo popular, gerando o fenômeno backlash (cf. item 1.6.4).

---

[79] POST. Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: *Democratic constitutionalism and backlash.*

1.8 "Constitucionalismo abusivo" (David Landau): Um alerta que preocupa e não se confunde com o denominado "constitucionalismo autoritário" (Mark Tushnet)

Em interessante estudo, David E. Landau, professor da Florida State University College of Law, desenvolve a noção do constitucionalismo abusivo,[80] pelo qual se observa o fenômeno do uso de mecanismos de mudança constitucional que acabam corroendo (erodindo, enfraquecendo) a ordem democrática.

Em seu estudo, após analisar a experiência de países como Colômbia, Venezuela e Hungria,[81] Landau denuncia o uso de emendas ou de "substituição" da vigente Constituição por uma nova (promulgação de nova Constituição), dentro das regras legais, mas com o objetivo de "minar" (corroer, enfraquecer) a democracia.

Não se trata do uso da força, como pode ser observado nos períodos ditatoriais ou nos regimes implantados após golpes militares, nos quais a ruptura constitucional é evidente, inquestionável, declarada e assumida, mas da transformação da ordem constitucional com mudanças sutis e que podem chegar até mesmo ao controle indireto da Suprema Corte (disable or pack courts).

Conforme explica, os regimes continuam a ter eleições, não chegando a ser autoritários, mas, em verdade, passam a ser, lentamente, menos democráticos.

A proposta de Landau não se confunde com o constitucionalismo autoritário descrito por Tushnet.[82] O professor da Universidade de Harvard, tendo Singapura como estudo de caso, identifica um sistema de governo que combina eleições razoavelmente livres e justas com um grau moderado de controle repressivo da liberdade de expressão e pessoal, afastando-se, nesse sentido, do autoritarismo puro de um lado e do Estado de Direito de outro. O autor identifica 7 características desse modelo:[83]

• o regime, que é controlado por um partido dominante, implementa as relevantes decisões de políticas públicas, não havendo base normativa a contestar as escolhas tomadas. Esta característica define o seu lado autoritário;

• o regime não prende arbitrariamente os oponentes políticos, embora possa impor-lhes sanções como aquelas decorrentes de difamação;

• apesar de aplicar sanções, o regime ainda permite questionamentos e críticas ao governo e suas políticas;

---

[80] LANDAU, David. E: *Abusive constitutionalism.*

[81] Para um estudo aprofundado sobre esse fenômeno na Romênia, por todos, cf.: PERJU, Vlad: *The romanian double executive and the 2012 constitutional crisis.*

[82] TUSHNET. Mark: *Authoritarian constitutionalism.*

[83] *Ibid.*

• o regime realiza eleições razoavelmente livres e justas, mas, a partir de desenhos e divisões eleitorais, busca assegurar a vitória para manutenção no poder. Fraude e intimidação física até ocorrem, mas apenas esporadicamente e não sistematicamente;

• o partido dominante é sensível à opinião pública e altera as suas políticas, pelo menos ocasionalmente, em resposta aos anseios desta;

• desenvolvem-se mecanismos para garantir que a quantidade de divergência não exceda o nível considerado desejável;

• os tribunais são razoavelmente independentes e procuram manter o Estado de Direito. Embora os juízes, especialmente os de tribunais superiores, sejam sensíveis aos interesses do regime por causa do treinamento e dos mecanismos de seleção e promoção, raramente recebem instruções diretas do regime, chegando, inclusive, a afastar algumas decisões tomadas. A revisão judicial, contudo, quando negativa, mostra-se fraca, pois o regime tem mecanismos de alteração formal da Constituição para que a decisão política tomada esteja sempre de acordo com as (novas) regras constitucionais.

Isso posto e feita a diferenciação, nesse contexto, trazemos interessante voto do Min. Barroso, proferido no julgamento da medida cautelar na ADPF 622, que apreciou o Decreto presidencial nº 10.003/2019 (dispõe sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA).

Referido Decreto alterou as regras sobre a Constituição e o funcionamento do CONANDA, destituindo, imotivadamente, todos os seus membros durante o cumprimento do mandato.

Segundo alega a PGR, "a norma impugnada, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, CF), da igualdade (art. 5º, I, CF), da segurança jurídica (art. 5º, CF), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e de vedação ao retrocesso institucional (art. 1º, caput e III, art. 5º, XXXVI e § 1º, art. 60, § 4º)".

Barroso, em seu voto, observa que "o constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático".

Conforme ensina, "esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: "constitucionalismo abusivo", "legalismo autocrático" e "democracia iliberal". Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em

comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: a) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às Cortes; b) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; c) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; d) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; e) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo".

E continua: "a lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições".

E conclui ao falar da realidade brasileira: "embora não me pareça ser o caso de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. Nessa linha, as Cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático" (ADPF 622-MC, ratificação da liminar e mérito pendentes).

2 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

Sumário: 2.1 Conceito. 2.2 Crowdsourced constitution: O legado da experiência pioneira da Islândia 2011. 2.3 Constitucionalização simbólica. 2.4 Classificação (tipologia). 2.5 Elementos das constituições. 2.6 Histórico das constituições brasileiras.

Nesta parte devemos conceituar e classificar Constituição. Lembramos que ao conceituar ou classificar qualquer instituto surgirão diversos critérios, não sendo um mais certo que outro, talvez, no máximo, mais adequado. Procuramos trazer os que mais aparecem nos concursos públicos, dado o objetivo deste trabalho.

2.1 Conceito

Existem várias concepções ou acepções a serem tomadas para definir o termo "Constituição". Alguns autores preferem a ideia da expressão tipologia dos conceitos de Constituição em várias acepções. Vejamo-las.

2.1.1 Sentido sociológico

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassalle, em seu livro *¿Qué es una Constitución?*, defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples "folha de papel". A Constituição, segundo a conceituação de Lassalle, seria, então, a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.

2.1.2 Sentido político

Na lição de Carl Schmitt, encontramos o sentido político, que distingue Constituição de Lei constitucional. Constituição, conforme pondera José Afonso da Silva ao apresentar o pensamento de Schmitt, "... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os

demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental".[1]

Pode-se afirmar, portanto, em complemento, que, na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte.

2.1.3 Sentido material e formal

Constituição também pode ser definida tomando-se o sentido material e formal, critério esse que se aproxima da classificação proposta por Schmitt.

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi essa norma introduzida no ordenamento jurídico. Constitucional será, então, aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de "Constituição".

Por outro lado, quando nos valemos do critério formal, que, de certa maneira, também englobaria o que Schmitt chamou de "lei constitucional", não mais nos interessará o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento.

Valendo-nos das definições acima, fazemos duas observações:

• em primeiro lugar, por mais que pareça estranho dizer, ao eleger o critério material, torna-se possível encontrarmos normas constitucionais fora do texto constitucional, na medida em que o que interessa no aludido conceito é o conteúdo da norma, e não a maneira pela qual ela foi introduzida no ordenamento interno. Como o próprio nome sugere e induz, o que é relevante no critério material é a matéria, pouco importando sua forma;

• em segundo lugar, em se tratando do sentido formal, qualquer norma que tenha sido introduzida por um poder soberano, como aquelas fruto da manifestação do poder constituinte originário, ou aquelas introduzidas pelo poder constituinte derivado reformador ou revisor, terá natureza constitucional, não importando o seu conteúdo (vale dizer, tomando-se o sentido formal, o que nos interessa é a forma de nascimento da norma). Lembramos um exemplo que supomos ilustrar bem o raciocínio: trata-se do art. 242, § 2º, da CF/1988, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

---

[1] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

Pois bem, essa situação definida no citado art. 242, § 2º, da CF/1988, do ponto de vista material, de modo algum traz elementos que, por sua essência, sejam constitucionais, traduzindo regras estruturais e fundamentais da sociedade. No entanto, do ponto de vista formal, essa norma será tão constitucional como, por exemplo, o art. que garante o princípio da igualdade. Isso porque o que nos interessa nesse sentido classificatório não é o conteúdo da norma, mas sim a maneira pela qual foi introduzida no ordenamento interno. Ela é tão constitucional como qualquer norma introduzida pelo poder constituinte originário (e pelo derivado, desde que observadas as regras definidas pelo originário),[2] devendo todo ato normativo respeitá-la, sob pena de padecer do vício de inconstitucionalidade.

Verifica-se uma forte tendência no direito brasileiro a se adotar um critério misto em razão do art. 5º, § 3º, que admite que tratados internacionais de direitos humanos (matéria) sejam incorporados como emendas, desde que obedeçam a uma forma, ou seja, a um processo diferenciado de incorporação.

2.1.4 Sentido jurídico

Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do dever-ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais.

José Afonso da Silva, traduzindo o pensamento de Kelsen, conclui que "... Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, Lei nacional no seu mais alto grau".[3]

Também assim o entendimento de Michel Temer, ao tratar da teoria kelseniana, observando que o jurista de Viena descreve a existência de dois planos distintos no direito, conforme acima salientado por José Afonso da Silva: "o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele corporificado pelas normas postas, positivadas. O outro (lógico-jurídico) situa-se em nível do suposto, do hipotético. Umas são normas postas; outra é suposta".[4]

No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia

---

[2] Para um estudo mais detalhado da matéria vide capítulo 4, sobre o Poder Constituinte.
[3] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[4] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.

A Constituição, por seu turno, tem o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, situada no plano lógico, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.

Para facilitar a fixação da matéria, destacamos a teoria de Kelsen no quadro a seguir:

PLANO LÓGICO-JURÍDICO	PLANO JURÍDICO-POSITIVO
• norma fundamental hipotética • plano do suposto • fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva	• norma posta, positivada • norma positivada suprema

Esclarecedoras são as palavras de Michel Temer sobre a verticalidade hierárquica descrita, citando, como exemplo, o indeferimento, pelo chefe de seção de uma repartição pública, de um requerimento formulado. Trata-se de verdadeiro comando individual, que deverá estar em consonância com as normas superiores, ou seja: "... devo compatibilizar aquela ordem com a Portaria nº do Diretor de Divisão; esta com a Resolução do Secretário de Estado; a Resolução com o Decreto do Governador; este com a Lei Estadual; a Lei Estadual com a Constituição do Estado (se se tratar de Federação); esta com a Constituição Nacional. Tudo para verificar se os comandos expedidos pelas várias autoridades, sejam executivas ou legislativas, encontram verticalmente suporte de validade".[5]

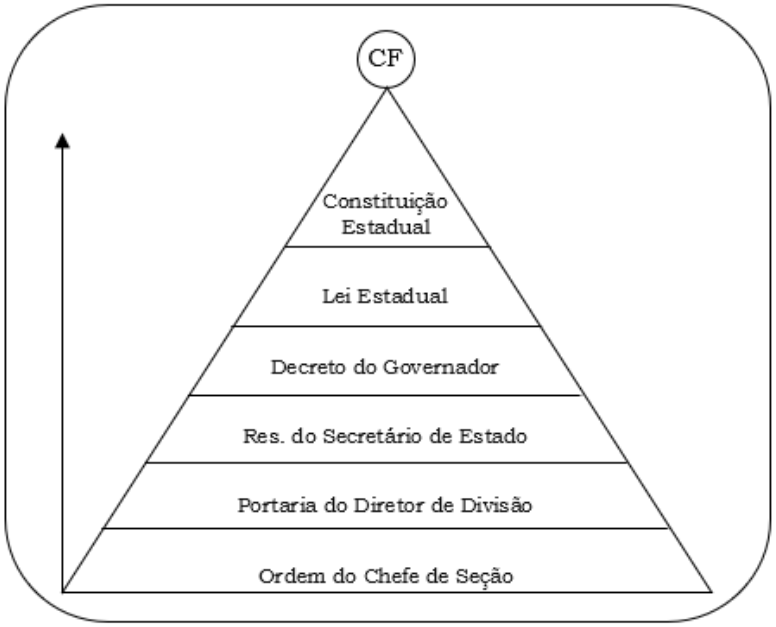
E, por fim, como visto, a Constituição Nacional encontrará o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, esta, o fundamento de validade de todo o sistema. Trata-se de norma suposta, e não posta, uma vez que não editada por nenhum ato de autoridade. Figura, como referimos, no plano lógico-jurídico, prescrevendo a observância do estabelecido na Constituição e nas demais normas jurídicas do sistema, estas últimas fundamentadas na própria Constituição. A norma fundamental, hipoteticamente suposta, prescreve a observância da primeira Constituição histórica.[6]

Daí, partindo da exemplificação proposta por Michel Temer, estabelecemos, graficamente, a ideia da "pirâmide" de Kelsen, consagrando a verticalidade hierárquica das normas e a Constituição positivada como norma de validade de todo o sistema e, assim, o princípio da supremacia da Constituição:

---

[5] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[6] Constituição histórica em Kelsen, explica Fábio Ulhoa Coelho, "será aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior; aquele cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira Constituição histórica deriva da revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova" (KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito*.).



2.1.5 Sentido culturalista

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição é produto de um fato cultural, produzido pela sociedade e que nela pode influir. Ou, como destacou J. H. Meirelles Teixeira, trata-se de "... uma formação objetiva de cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores reais (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnicas), mas também espirituais (sentimentos, ideias morais, políticas e religiosas, valores), ou ainda elementos puramente racionais (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições, formas e conceitos jurídicos *a priori*), e finalmente elementos voluntaristas, pois não é possível negar-se o papel de vontade humana, da livre adesão, da vontade política das comunidades sociais na adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado".[7]

Em seguida, conclui o ilustre professor que a concepção culturalista do direito conduz ao conceito de uma Constituição Total em uma visão suprema e sintética que "... apresenta, na sua complexidade intrínseca, aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos, a fim de abranger o seu conceito em uma perspectiva unitária". Desse modo, sob o conceito culturalista de Constituição, "... as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político".[8]

---

[7] TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.*
[8] *Ibid.*

2.1.6 Constituição aberta

Grande parte dos publicistas vem anunciando a ideia de uma Constituição aberta, no sentido de que ela possa permanecer dentro de seu tempo e, assim, evitar o risco de desmoronamento de sua "força normativa".

Para Canotilho, dentro da perspectiva de uma Constituição aberta, "relativiza-se a função material de tarefa da Constituição e justifica-se a "desconstitucionalização" de elementos substantivadores da ordem constitucional (Constituição econômica, Constituição do trabalho, Constituição social, Constituição cultural). A historicidade do direito constitucional e a indesejabilidade do "perfeccionismo constitucional" (a Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas) não são, porém, incompatíveis com o caráter de tarefa e projeto, da Lei constitucional. Esta terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação constitucional".[9]

2.1.7 Concepções da Constituição: Qual o seu papel no ordenamento jurídico de um país?

Virgílio Afonso da Silva, depois de fazer críticas às classificações (da Constituição) apresentadas pela doutrina brasileira (tipologia), muitas vezes, em sua opinião, sem utilidade prática ou teórica limitada, propõe a análise do papel da Constituição, ou, ainda, da sua função no ordenamento jurídico e a sua relação com a atividade legislativa ordinária, analisando a capacidade de conformação atribuída ao legislador, aos cidadãos e à autonomia privada.[10]

Dentro dessa perspectiva de análise do papel da Constituição ou da sua função, destacamos, também, a concepção proposta no trabalho de Gustavo Zagrebelsky (Il diritto mite). Passamos, então, a analisar essas quatro propostas:

Constituição-lei.

Constituição-fundamento (Constituição-total).

Constituição-moldura.

Constituição dúctil (Constituição maleável, costituzione mite).

2.1.7.1 Constituição-lei

---

[9] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

[10] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito.*

Para o autor, muito embora não mais viável na maioria das democracias constitucionais contemporâneas, a Constituição-lei em muito pouco se distingue da legislação ordinária. "Talvez a principal defesa desse tipo de Constituição seja aquela formulada por Gerhard Anschütz em fins do século XIX. Segundo ele, a Constituição "não está acima do poder legislativo, mas à disposição dele". Nesse sentido, a Constituição é, na verdade, uma Lei como qualquer outra. Os dispositivos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, teriam uma função meramente indicativa, pois apenas indicariam ao legislador um possível caminho, que ele não precisaria necessariamente seguir."[11] Esse modelo, certamente, permite a justificação da tese acerca da supremacia do parlamento, mitigada, contudo, em tempos mais recentes, como pode ser observado, para se ter um exemplo, na Inglaterra a partir da entrada em vigor do Human Rights Act (cf. item 2.4.2).

2.1.7.2 Constituição-fundamento (Constituição-total)

Por sua vez, na Constituição-fundamento (Constituição-total), a onipresença (ubiquidade) da Constituição é tamanha que a área reservada ao legislador, aos cidadãos e à autonomia privada se torna muito pequena. Assim, esses atos passam a ser encarados como instrumentos da realização da Constituição.

Conforme anota Virgílio Afonso da Silva, "a ideia central desse conceito consiste na reivindicação de que a Constituição é a Lei fundamental, não somente de toda a atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a Lei fundamental de toda a vida social. Um dos exemplos mais marcantes nesse sentido é a teoria da Constituição aberta, de Peter Häberle, que, embora não sustente um conceito de Constituição-total, defende uma concepção de interpretação constitucional que, por expandir de tal forma a abrangência da Constituição, acaba refletindo uma ideia de Constituição-total. Segundo Häberle, todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também um intérprete dela. Isso significa que praticamente todas as ações humanas seriam ao mesmo tempo reguladas pela Constituição e uma manifestação de uma interpretação constitucional, o que teria como consequência o fato de que nenhuma área da vida teria independência das normas constitucionais. O legislador, nesse sentido, seria um mero intérprete da Constituição, e sua tarefa consistiria sobretudo na efetivação dos direitos fundamentais. Não é difícil notar que, para os outros ramos do direito, essa concepção de Constituição deixa pouco ou nenhum espaço livre. Na pena irônica de Forsthoff, tudo seria definido pela Constituição, até mesmo a produção de termômetros para a febre".[12]

---

[11] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito.*
[12] *Ibid.*

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva identifica uma inegável aproximação entre a Constituição dirigente e esse descrito sentido de Constituição-fundamento ou total, já que a Constituição dirigente apresenta uma ideia subjacente, qual seja, a de "fixar um plano de ação para a transformação da sociedade".[13]

Ao final, o autor apresenta uma severa e pouco reconhecida realidade que impera na jurisdição constitucional brasileira e na doutrina pátria. Muitas vezes, inegavelmente, esse sentido profundo de onipresença se verifica na interpretação da amplitude de normas ditas de reprodução obrigatória da Constituição Federal nas Constituições Estaduais (não dando abertura para o constituinte derivado), ou mesmo ao se afirmar que o ato normativo extrapola os limites da Constituição, destacando-se, como exemplo, a posição da doutrina que entende inconstitucional a exigência de preenchimento de certos requisitos para o ingresso em juízo com a ação de *habeas data* (entendimento esse, aliás, já superado pelo STF – cf. item 14.11.6.3).

Como observa, "as normas constitucionais, nesse sentido, não somente irradiarão efeitos pelos outros ramos do direito: elas determinarão o conteúdo deles por completo".[14]

2.1.7.3 Constituição-moldura

A Constituição-moldura (que Canotilho prefere chamar de Constituição-quadro) seria uma proposta intermediária entre os dois conceitos trazidos supra, evitando-se a politização excessiva da Constituição-lei (já que a sua concretização fica destinada ao legislador, estando ao seu serviço), ou a judicialização excessiva, decorrente do sentido de Constituição-total (já que ao legislador não sobraria qualquer espaço de atuação, sobrecarregando o Judiciário para verificar se houve ou não abuso).

Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, "a metáfora da moldura, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma Constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura. Como o legislador age no interior desses limites é uma questão de oportunidade política. Segundo Starck, entender a Constituição como moldura significa sustentar que nem tudo está predefinido pela Constituição e que inúmeras questões substanciais estão sujeitas à simples decisão da maioria parlamentar no processo legislativo ordinário. Definir a "largura" da moldura, que funcionará como simples limitação ao poder estatal, é a tarefa da interpretação

---

[13] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito.*
[14] *Ibid.*

constitucional. Mas essa seria sua única tarefa. Todo o resto é questão de oportunidade política".[15]

2.1.7.4 Constituição dúctil (Constituição maleável, suave) ("costituzione mite" – Gustavo Zagrebelsky)

Conforme observa Canotilho, entre as novas avançadas sugestões da moderna teoria da Constituição está a denominada por Zagrebelsky Constituição dúctil ou maleável, suave (Costituzione mite), "para exprimir a necessidade de a Constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e refletir o pluralismo social, político e econômico. Neste sentido, a uma Constituição caberá a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertence realizar diretamente um projeto predeterminado dessa vida comunitária. As Constituições concebem-se, pois, como plataformas de partida para a realização de políticas constitucionais diferenciadas que utilizem em termos inventivos os "vários materiais de construção" semeados nos textos constitucionais".[16]

Assim, a sobrevivência da sociedade complexa, pluralista e democrática, reconhecendo-se a importância de uma dogmática "fluida", depende da identificação de um modelo de Constituição dúctil (maleável) a assegurar, dentro dos seus limites e de uma perspectiva de coexistência, a espontaneidade da vida social e, assim, as condições para a vida em comum.[17]

2.2 Crowdsourced constitution: O legado da experiência pioneira da Islândia 2011[18]

Com a sua independência da Dinamarca em 1944, a Islândia, por referendo nacional, adotou documento provisório como a sua nova Constituição republicana, estabelecendo as

---

[15] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito.* E o autor, em outra passagem, retoma o conceito: "... a ideia de Constituição como moldura significa que a Constituição e os direitos fundamentais não só impõem deveres e vedações, mas também deixam "espaços abertos", para os quais a Constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares nas suas relações entre si. Nesse sentido, Alexy resume que aquilo que a Constituição deixa em aberto é o que se encontra no interior da moldura e aquilo que ela impõe ou proíbe constitui a moldura em si". Nesses termos, o autor reconhece que a proposta da Constituição-moldura assegura, também, uma alternativa à teoria dos princípios, cujos críticos a igualam à Constituição-total. "Segundo esses críticos, se os princípios constitucionais são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, ao legislador e aos outros ramos do direito sobraria apenas uma tarefa: a de otimizador de direitos fundamentais e da Constituição".

[16] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

[17] ZAGREBELSKY Gustavo: *Il diritto mite, legge, diritti, giustizia.*

[18] GYLFASON, Thorvaldur: *From collapse to constitution.* O autor é Professor de Economia da Universidade da Islândia e um dos 25 representantes do Conselho Constitucional (Assembleia Constituinte), eleito pelo povo e reconhecido pelo Parlamento para a revisão da Constituição de 1944.

perspectivas de sua necessária revisão. Por falta de consenso político, contudo, o processo revisional não foi implementado.

Em 2008, a Islândia enfrentou grave crise financeira, surgindo, então, movimentos para uma imediata revisão constitucional, destacando-se a denominada, na língua inglesa, Kitchenware Revolution (algo como "Panelaço"), e que sinalizavam o total descontentamento da população com as autoridades que levaram o país ao colapso econômico.

Em 14 de novembro de 2009, um grupo de cerca de 1.200 participantes, mas sem reconhecimento oficial, realizou conferência na capital do país (Reykjavík, que, em português, pode ser traduzido como Reiquejavique ou Reiquiavique), intitulando-se Assembleia Nacional (Thjodfundur), comprovando a falta de aceitação popular dos governantes, bem como a real necessidade de uma nova Constituição.

Em 27 de novembro de 2010, houve a eleição pelo povo de 25 indivíduos para, em assembleia nacional constituinte, sem vinculação partidária, estabelecer a nova Constituição. Em razão de apontados problemas técnicos com o processo de escolha dos representantes, a Suprema Corte da Islândia invalidou as escolhas.

Os nomes, contudo, foram reconhecidos como legítimos e, assim, estabeleceu-se um "Conselho Constitucional" para a elaboração de um esboço (projeto, rascunho) de Constituição (draft).

As discussões foram transmitidas ao vivo e com a possibilidade de participação popular por meio das redes sociais, como o Twitter, Facebook, Youtube e Flickr. Mais de 3.600 sugestões foram postadas na página oficial no Facebook. Em 29 de julho de 2011, o documento (draft) foi encaminhado ao Parlamento.

Antes da deliberação parlamentar, havia a previsão de análise do documento por referendo popular, sem caráter vinculativo e que foi realizado em 20 de outubro de 2012, contando com a participação de 49% dos eleitores e, desses, 73% reconhecendo o draft como a nova Constituição do país.

Infelizmente, o Parlamento não aprovou o documento, seja por sua troca durante o processo de elaboração do draft (perda de apoio político), seja pela presença, em sua composição, de uma ala extremamente conservadora.

A experiência islandesa, contudo, e apesar da particular realidade de ter mais de 95% de sua pequena população de cerca de 320.000 habitantes conectada à internet (o maior percentual no mundo.), revela uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais (internet) e que, sem dúvida, passa a servir de modelo para o futuro.

Estamos diante daquilo que vem sendo denominado crowdsourced constitution e que se implementa pela participação popular por meio da internet (crowdsourcing), em um

processo constituinte bastante interessante de "terceirização para a multidão".[19] Sem dúvida, as novas formas de democracia utilizando as ferramentas da tecnologia podem ajudar nesse modelo de verdadeira Constituição colaborativa.

Dentro dessa perspectiva, influenciado pela experiência da Islândia, destacamos movimento similar que vem sendo percebido na Inglaterra no sentido de se elaborar ou não uma Constituição escrita. O debate acontece depois de 800 anos do aniversário da Magna Carta de 1215 e tem estimulado a participação popular por meio das redes sociais (crowdsourcing), já havendo a versão final do documento (draft).[20]

No Brasil, com o lema "participação virtual, cidadania real", lançado em 2009, destacamos o portal "E-democracia" da Câmara dos Deputados, cuja proposta é, "por meio da internet, incentivar a participação da sociedade no debate de temas importantes para o país". E, conforme sustentado, "o envolvimento dos cidadãos na discussão de novas propostas de Lei contribui para a formulação de políticas públicas mais realistas e implantáveis".

O portal está dividido em dois grandes espaços de participação: "as Comunidades Legislativas e o Espaço Livre. No primeiro, você pode participar de debates de temas específicos, normalmente, relacionados a projetos de Lei já existentes. Essas Comunidades oferecem diferentes instrumentos de participação e, ainda, orientações quanto ao andamento da matéria no Congresso Nacional. Já no Espaço Livre, você mesmo pode definir o tema da discussão e ser o grande motivador dela. O debate será acompanhado pela equipe e-Democracia e pode vir a se tornar uma Comunidade Legislativa. Os parlamentares envolvidos com a matéria acompanham as discussões e as consideram para auxiliar suas decisões".[21]

O Senado Federal, por sua vez, pelo Ato da Mesa nº 3/2011, instituiu o programa e o portal "E-Cidadania" "com o objetivo de estimular e possibilitar maior participação dos cidadãos, por meio da tecnologia da informação e comunicação, nas atividades legislativas, orçamentárias, de fiscalização e de representação da Casa".

Buscando sanar lacunas identificadas pela Comissão Senado do Futuro (CSF) e que ameaçavam "a continuidade e o sucesso do Programa, cujo maior objetivo é aproximar o cidadão dos trabalhos legislativos do Senado Federal", foi editada a Res. nº 19/2015/SF, regulamentando-o.

Como se observa, existem três ferramentas de participação disponíveis no Portal:

---

[19] A palavra crowdsourcing é recente e o seu surgimento data do ano de 2005, conforme descrito: "the activity or practice of involving a great many people to develop ideas, produce contenT. or accomplish huge or tedious tasks, as by soliciting help via the internet. The word originated as a convenient compound to denote "outsourcing to the crowd"" (GARNER, Bryan A: *Black"s law dictionary*.).

[20] Trata-se de projeto promovido pelo Instituto de Assuntos Públicos (IPA – Institute of Public Affairs) da Escola de Economia de Londres (LSE) em conjunto com o seu departamento de direito e seu grupo de políticas públicas e auditorias democráticas.

[21] Cf. site do E-Democracia.

Ideia Legislativa: “enviar e apoiar ideias legislativas, que são sugestões de alteração na legislação vigente ou de criação de novas leis. As ideias que receberem 20 mil apoios serão encaminhadas para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), onde receberão parecer”;

Evento Interativo: “participar de audiências públicas, sabatinas e outros eventos abertos. Para cada audiência/sabatina/evento, é criada uma página específica onde haverá: a transmissão ao vivo; espaço para publicação de comentários; apresentações, notícias e documentos referentes ao evento”;

Consulta Pública: “opinar sobre projetos de lei, propostas de emenda à Constituição, medidas provisórias e outras proposições em tramitação no Senado Federal até a deliberação final (sanção, promulgação, envio à Câmara dos Deputados ou arquivamento)”.

As experiências ainda se mostram muito tímidas e, infelizmente, pouco divulgadas, apesar das diversas “contas” nas redes sociais e portais específicos.[22] Consideramos as propostas bastante interessantes e esperamos, no futuro, que essa importante instrumentação de participação popular possa ser utilizada como instrumento balizador e indispensável para a tomada de decisões políticas.

2.3 Constitucionalização simbólica[23]

2.3.1 Aspectos iniciais

A introdução da ideia de “constitucionalização simbólica” deve-se a Marcelo Neves em trabalho apresentado para a obtenção do cargo de Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco realizado em 1992.

Uma primeira versão foi publicada pela Editora Acadêmica, sendo, em seguida, o texto editado em alemão, quando sofreu ampla revisão.

Depois, referido trabalho foi trazido do alemão para o português, com acréscimo de alguns textos e notas.

Vejamos as suas principais considerações.[24]

Marcelo Neves, na apresentação do trabalho, esclarece que o estudo pretende “... abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à

---

[22] Câmara dos Deputados e Senado Federal.

[23] Referido tema foi pioneiramente exigido no edital do IV Concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo 2010. A apresentação se dará de acordo com o trabalho: Marcelo Neves, A constitucionalização simbólica, Col. Justiça e Direito, passim. O tema também foi objeto do programa “Aula Magna” da TV Justiça e pode ser assistido em: http://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c (“A Constitucionalização Simbólica Revisitada”).

[24] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica*.

discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica".[25]

2.3.2 Legislação simbólica

Em um primeiro momento, o autor busca desenvolver o conceito de legislação simbólica partindo da teoria do direito e da ciência política alemã das duas últimas décadas do século XX.

Analisando o trabalho de diversos autores (Cassirer, Lévi-Strauss, Bourdieu, Freud, Jung, Lacan, Castoriadis, Peirce, Firth, Saussure, Carnap, Luhmann e outros), Marcelo Neves apresenta uma delimitação semântica da expressão "legislação simbólica" (após ter determinado a ambiguidade entre "símbolo", "simbólico" e "simbolismo").

Nas suas palavras, a legislação simbólica "... aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental"[26]

Com base em Harald Kindermann, Marcelo Neves propõe, então, um modelo tricotômico para a "tipologia da legislação simbólica", estabelecendo que o seu conteúdo pode ser: "a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios".

2.3.2.1 Confirmação de valores sociais

Nesse caso, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa "vitória legislativa" se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa, da Lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo "adversário".

Neves traz como exemplo clássico a Lei seca nos Estados Unidos. Conforme destaca ao lembrar Gusfield, "a sua tese central afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo

---

[25] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*
[26] *Ibid.* (grifamos).

em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de status. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores, da Lei proibitiva e católicos imigrantes contrários à proibição, a "vitória legislativa" teria funcionado simbolicamente a um só tempo como "ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores", sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais".[27]

Cita, ainda, a legislação sobre o aborto na Alemanha e sobre os estrangeiros na Europa. A confirmação de um dos valores antagônicos teria um papel muito mais simbólico que efetivo. A "legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por "gestos de diferenciação", os quais "apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade"".[28]

2.3.2.2 Demonstração da capacidade de ação do estado no tocante à solução dos problemas sociais (legislação-álibi)

Além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar confiança nos sistemas jurídico e político.

Diante de certa insatisfação da sociedade, a legislação-álibi aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado.

Busca a legislação-álibi dar uma aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade. Destina-se, como aponta Neves, "... a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função "ideológica"".[29]

Enfim, a legislação-álibi tem o "poder" de introduzir um sentimento de "bem-estar" na sociedade, solucionando tensões e servindo à "lealdade das massas".

Como exemplo, Neves lembra a prestação de contas dos políticos nos períodos eleitorais, sem se ter condições de assegurar que a Lei criada cumpriu efetivamente o seu papel.

Lembra, ainda, após grave problema decorrente da venda de peixes causadores de doenças intestinais, na Alemanha, a divulgação de uma Lei que procurou controlar a situação, sem sucesso, porém, dada a sua complexidade e a necessidade de outras medidas.

---

[27] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*
[28] *Ibid.*
[29] *Ibid.*

No Brasil, destaca mudanças na legislação penal como mera reação simbólica às pressões da sociedade buscando reduzir a criminalidade. Como exemplo temos a Lei nº 11.923/2009, que acrescenta parágrafo ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o chamado "sequestro relâmpago".

Neves faz, porém, um alerta sobre o uso exagerado da legislação simbólica e o risco de seu fracasso. "Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à "descrença" no próprio sistema jurídico, "transforma persistentemente a consciência jurídica" [...]; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos".[30]

2.3.2.3 Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios

Ainda, conforme anota Neves, a legislação simbólica também pode "... servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado".[31]

Cita, como exemplos, a Constituição de Weimar e a Lei norueguesa sobre empregados domésticos de 1948. Em relação a esta última, os empregados ficam satisfeitos, pois a Lei aparentemente fortalece a proteção social. Por sua vez, os empregadores também se satisfazem, já que a lei, como apresentada, não tem perspectiva de efetivação, devido à sua "evidente impraticabilidade".

Dessa forma, conclui, "... abranda-se um conflito político interno através de uma "lei aparentemente progressista", "que satisfazia ambos os partidos", transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente".[32]

2.3.2.4 Efeitos sociais latentes ou indiretos da legislação simbólica

Neves aponta que, além dessa visão simplista de inexistência ou irrelevância social da legislação simbólica, ela também apresenta efeitos sociais latentes, que, em muitos casos, seriam mais relevantes que os "efeitos manifestos" que lhe faltam.

---

[30] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*
[31] *Ibid.*
[32] *Ibid.*

Exemplifica com uma Lei tributária que, muito embora seja eficaz, pode trazer com ela recessão, inflação. Ou, ainda, uma Lei que, ao censurar os meios de comunicação, possa repercutir negativamente na criação artística.

Neves fala, assim, dos efeitos colaterais que as leis produzem.

Portanto, além do sentido negativo da legislação simbólica (de ineficácia normativa e vigência social), ela também se apresenta em um sentido positivo: produção de efeitos políticos, e não propriamente jurídicos.

2.3.3 Constitucionalização simbólica

Marcelo Neves, valendo-se do modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, define a Constituição como "... "acoplamento estrutural" entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de "prestações" recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferências) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela "possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico"".[33]

Diante desse conceito de Constituição (nos termos da teoria dos sistemas de Luhmann), é possível, segundo Neves, associá-lo à noção de constitucionalização e, então, enfrentar a problemática da concretização das normas constitucionais, analisando a relação entre o texto e a realidade constitucional.

Assim, Marcelo Neves, partindo dos modelos de Müller e Häberle, define a constitucionalização simbólica, também, tanto em sentido negativo como positivo.[34]

Negativamente, o texto constitucional "não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada".

Positivamente, "a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico", servindo para encobrir problemas sociais e obstruindo as transformações efetivas da sociedade.

Em seguida, o autor admite o desenvolvimento adotado para a legislação simbólica também para a constitucionalização simbólica, falando, aqui, então, em três formas de manifestações, já estudadas no ponto anterior: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado (constitucionalização-álibi) e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

---

[33] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*

[34] *Ibid.*

2.3.4 Constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico

Marcelo Neves desenvolve a ideia de constitucionalização simbólica como "alopoiese do direito", isso quer dizer, "... a reprodução do sistema por critérios, programas e códigos de seu ambiente",[35] e, então, discute a possibilidade de descrever o direito da sociedade moderna como "autopoiético", o que quer dizer, capaz de autoproduzir-se a partir de critérios, programas e códigos de seu próprio ambiente.

Após distinguir os países da sociedade moderna periféricos dos centrais, estabelece que a constitucionalização simbólica aparece como uma realidade marcante da modernidade periférica (em razão da desigualdade econômica entre os países) e, nesse sentido, dentro desse contexto, percebe-se uma hipertrofia da função político-simbólica em relação à eficácia normativo-jurídica da Constituição (simbólica) nesses países (periféricos).

Constata-se, assim, uma preponderância (ou mais adequadamente uma sobreposição) do sistema político sobre o jurídico, não se percebendo o "acoplamento estrutural" entre os sistemas político e jurídico anteriormente apontado na teoria de Luhmann.

Nesses países, então, como afirma, há um bloqueio do sistema jurídico, havendo uma falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional. O texto da Constituição é utilizado de acordo com os interesses políticos.

A constitucionalização (simbólica), novamente, funciona como um álibi: "o "Estado" apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por "culpa" do subdesenvolvimento da "sociedade". Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a "subcidadania", invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a "realidade constitucional inconstitucional" e atribuir ao Estado/governo dos "sobrecidadãos" a "culpa" pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos...".[36]

Essa problemática, aponta o autor, é verificada não somente no sistema político-jurídico mas, também, nos sistemas econômico, educacional, de saúde etc. (remetemos o nosso ilustre leitor para o capítulo 14 – Direitos Fundamentais, deste nosso estudo).

Por fim, conclui Marcelo Neves que a constitucionalização simbólica não seria um "jogo de soma zero". Isso porque "... proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania". Ainda, "não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos

---

[35] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*
[36] *Ibid.*

expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecida, com implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/autonomia do direito. Isso se torna tanto mais provável à proporção que os procedimentos previstos no texto constitucional sejam deformados no decorrer do processo de concretização e não se operacionalizem como mecanismos estatais de legitimação".[37]

2.3.5 Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais

Diante de todo o exposto, percebe-se que a proposta de constitucionalização simbólica deve ser o ponto de partida para que, compreendendo a problemática, diante das expectativas colocadas, as normas não sirvam apenas como retórica política ou álibi dos governantes.

É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais.

Identificamos, como será estudado neste nosso trabalho, uma nova perspectiva na utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em relação às normas programáticas) e, assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial.

Por esse motivo Écio Oto Ramos Duarte[38] define o neoconstitucionalismo partindo de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos.

2.4 Classificação (tipologia)

Como advertimos, qualquer classificação depende de critérios escolhidos pelos estudiosos, não se podendo dizer que um é mais acertado que o outro, talvez mais adequado. Procuraremos trazer à baila os critérios classificatórios que aparecem nos concursos públicos, dada a finalidade deste trabalho. Vejamo-los.

2.4.1 Quanto à origem e a distinção entre "Constituição" e "carta"

---

[37] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.*
[38] DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico.*

Quanto à origem, as Constituições poderão ser outorgadas, promulgadas, cesaristas (ou bonapartistas) e pactuadas (ou dualistas).

Outorgada é a Constituição imposta, de maneira unilateral, pelo agente revolucionário (grupo, ou governante), que não recebeu do povo a legitimidade para em nome dele atuar. No Brasil, as Constituições outorgadas foram as de 1824 (Império), 1937 (inspirada em modelo fascista, extremamente autoritária – Getúlio Vargas), 1967 (ditadura militar), sendo que alguns chegam inclusive a mencionar como exemplo de outorga a EC nº 1/1969 (apesar de tecnicamente impreciso). As Constituições outorgadas recebem, por alguns estudiosos, o "apelido" de Cartas Constitucionais.

Conforme veremos ao estudar o histórico das Constituições, alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido "promulgado", já que votado nos termos do art. 1º, § 1º, do AI 4/1966. Contudo, em razão do "autoritarismo" implantado pelo Comando Militar da Revolução, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi outorgado unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e "promulgado") pelo regime ditatorial militar implantado.

Também entendemos que, dado o seu caráter revolucionário, a EC nº 1/1969 pode ser considerada como manifestação de um novo poder constituinte originário, imposta pelo governo de "Juntas Militares", nos termos do AI 12/1969.

Promulgada, também chamada de democrática, votada ou popular, é aquela Constituição fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, para, em nome dele, atuar, nascendo, portanto, da deliberação da representação legítima popular. Os exemplos são a de 1891 (primeira da República), 1934 (inserindo a democracia social, inspirada na Constituição de Weimar), 1946 e, finalmente, a atual, de 1988, alterada por 6 emendas de revisão e 105 emendas, fruto do poder constituinte derivado reformador, podendo, ainda, com a regra do art. 5º, § 3º, trazida pela EC nº 45/2004, ter os seus direitos e garantias fundamentais ampliados por tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os quais, observadas as formalidades, terão equivalência às emendas constitucionais.

Cesarista, segundo José Afonso da Silva, "... não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular". E continua o mestre definindo-a como aquela "... formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos)[39] ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade

[39] Por esse motivo, alguns autores classificam as cesaristas como Constituições bonapartistas (por se tratar de um método utilizado por Napoleão Bonaparte nos referidos plebiscitos napoleônicos) (cf. CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa F: *Curso de direito constitucional*.).

do detentor do poder. Não destacamos esse tipo no esquema porque bem pode ser considerado um modo de outorga por interposta pessoa".[40] Complementando, cabe acrescentar que a participação popular pode dar-se não apenas por plebiscito como, também, na hipótese de ratificação, por referendo, já que este se caracteriza como instrumento de confirmação das decisões políticas e governamentais, ou seja, toma-se a decisão para, posteriormente, levar-se a referendo popular.

Nesse caso, contudo, "... os referendos são utilizados como um instrumento de autocracia (regime do chefe), e não da democracia, pois geralmente nem todas as correntes ideológicas participam do debate e não se concede liberdade para uma efetiva discussão ou para eventual rejeição das propostas".[41]

Pactuada, também pouco cobrada nos concursos. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, as Constituições pactuadas "... surgem através de um pacto, são aquelas em que o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular. Por isso mesmo, trata-se de modalidade anacrônica, dificilmente ajustando-se à noção moderna de Constituição, intimamente associada à ideia de unidade do poder constituinte. Tais Constituições pactuadas foram bastante difundidas no seio da monarquia estamental da Idade Média, quando o poder estatal aparecia cindido entre o monarca e as ordens privilegiadas. Exemplificam-nas a Magna Carta de 1215, que os barões ingleses obrigam João Sem Terra a jurar".[42]

Para Bonavides, "a Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realeza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. Entendem alguns publicistas que as Constituições pactuadas assinalam o momento histórico em que determinadas classes disputam ao rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, com o propósito de resguardar direitos e amparar franquias adquiridas. Na Constituição pactuada o equilíbrio é precário. Uma das partes se acha sempre politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, "e o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada", conforme se deu com a Magna Carta ou a Constituição francesa de 1791: ali a supremacia dos barões; aqui, a supremacia dos representantes da Nação reunidos em assembleia constituinte".[43]

E qual a diferença entre "Constituição" e "Carta"?

---

[40] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.* – original sem grifos.

[41] CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa F: *Curso de direito constitucional.*

[42] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada.*

[43] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional.*

De modo geral, Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Já Carta é o nome reservado para aquela Constituição outorgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo.

2.4.2 Quanto à forma

Quanto à forma, as Constituições podem ser escritas (instrumental) ou costumeiras (não escritas ou consuetudinárias).

Escrita (instrumental), o próprio nome nos ajuda a explicar, seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado. Como exemplo, citamos a brasileira de 1988, a portuguesa, a espanhola etc.

Nesse particular, cabe alertar que, no direito brasileiro, vêm sendo encontrados textos escritos com natureza de Constituição (não se resumindo a um único código), por exemplo, nos termos do art. 5º, § 3º, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros e que, dessa maneira, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Por isso, parece interessante a ideia, apesar de tímida, de uma Constituição legal (Constituição escrita e que se apresenta esparsa ou fragmentada em textos, conforme apontou Paulo Bonavides – cf. item 2.4.7).

Costumeira (não escrita ou consuetudinária) seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por "textos" esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções. Exemplo clássico é a Constituição da Inglaterra.

A doutrina observa que "hoje, contudo, mesmo a Inglaterra (exemplo normalmente lembrado de país regido por uma Constituição não escrita) assenta princípios constitucionais em textos escritos, em que pesem os costumes formarem relevantes valores constitucionais".[44]

A classificação propõe, então, a utilização do conceito de costumeira em um sentido mais aberto, pois, como bem anota Paulo Bonavides, "na época contemporânea inexistem Constituições totalmente costumeiras, semelhantes àquela que teve a França no ancien régime, antes da Revolução Francesa de 1789, ou seja, "uma complexa massa de costumes, usos e decisões judiciárias" (Barthélemy)".

---

[44] CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa F: *Curso de direito constitucional.*

Por esse motivo Bonavides prefere classificar a experiência inglesa como sendo a de uma Constituição não totalmente costumeira ou, melhor dizendo, uma Constituição parcialmente costumeira, já que as "... leis abrangem o direito estatutário (statute law), o direito casuístico ou jurisprudencial (case law), o costume, mormente o de natureza parlamentar (Paliamentary custom) e as convenções constitucionais (constitutional conventions)".[45]

Quanto à norte-americana de 1787, Bonavides a define como escrita, porém complementada pelos costumes, sendo que "... o elemento consuetudinário entra igualmente como fator auxiliar e subsidiário importantíssimo para completar e corrigir o texto constitucional lacunoso ou suprir, pela interpretação, partes obscuras e controversas da Constituição". Lembrando Carl J. Friedrich, destaca que a norte-americana é completada pela doutrina da revisão judicial (precedentes judiciais) e, além disso, as normas escritas "... têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro".[46]

2.4.3 Quanto à extensão

Quanto à extensão, podem as Constituições ser sintéticas (concisas, breves, sumárias, sucintas, básicas) ou analíticas (amplas, extensas, largas, prolixas, longas, desenvolvidas, volumosas, inchadas).

Sintéticas seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem a minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a Constituição americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte).

Pinto Ferreira, analisando o constitucionalismo pátrio, indica a Constituição de 1891 como exemplo de sintética.[47]

---

[45] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*. Para aprofundamento da matéria, por todos, DAVID, René: *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Virgílio Afonso da Silva, nessa linha e avançando, observa: "no Brasil, todos costumam mencionar a Constituição inglesa como o modelo de Constituição não escrita e flexível. Essa categorização está tão sedimentada no pensamento constitucional brasileiro que a discussão acerca da aprovação em 1998 e da entrada em vigor em 2000, na Inglaterra, do Human Rights AcT. que pôs em cheque a ideia de supremacia do parlamento inglês, ainda não foi percebida por aqui. Ocorre que a supremacia do parlamento é justamente o reflexo do que a doutrina brasileira costuma chamar de Constituição flexível. Se o parlamento inglês já não é mais soberano no sentido tradicional, e deve respeitar as disposições da declaração de direitos, o modelo de Constituição flexível também cai por terra" (SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito*. Para aprofundamento em relação a essa mencionada tensão entre a supremacia do parlamento e a entrada em vigor do Human Rights Act na Inglaterra, cf., por todos, BAMFORTH Nicholas: *Parliamentary sovereignty and the human rights act*).

[46] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*.

[47] FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*.

Paulo Bonavides, a seu turno, e com precisão, observa que "as Constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais".[48]

Analíticas, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2º, da CF/1988, que dispõe que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988.

Segundo Bonavides, "as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social".[49]

2.4.4 Quanto ao conteúdo

O conceito de Constituição pode ser tomado tanto em sentido material como formal.

Materialmente constitucional será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Como exemplo podemos citar a Constituição do Império do Brasil, de 1824, que, em seu art. 178, prescrevia ser constitucional somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades referidas (nos art. 173 ao art. 177), pelas legislaturas ordinárias.

Formal, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é formal.

Cumpre observar (e este tema ainda não está fechado) que, com a introdução do art. 5º, § 3º, pela EC nº 45/2004, passamos a ter uma espécie de conceito misto, já que a nova regra

---

[48] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*.
[49] *Ibid.*

só confere a natureza de emenda constitucional (norma formalmente constitucional) aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (matéria), desde que observadas as formalidades de aprovação (forma).

Como se sabe (e voltaremos a essa análise), nos termos do art. 5º, § 3º, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Nesse sentido, podemos lembrar o DL nº 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto nº 6.949/2009, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

Outro exemplo de tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988, e, portanto, com status constitucional, é o Tratado de Marraqueche, que busca facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, celebrado em 28.06.2013, e que entrou em vigor no plano internacional em setembro de 2016, a partir da adesão do Canadá, o 20º Estado-parte, conforme determina o art. 18 do tratado. No tocante ao direito brasileiro, o Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 261/2015, tendo sido promulgado pelo Decreto presidencial nº 9.522/2018.

2.4.5 Quanto ao modo de elaboração

Quanto ao modo de elaboração as Constituições poderão ser dogmáticas (também denominadas "sistemáticas", segundo J. H. Meirelles Teixeira) ou históricas.

Dogmáticas, sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do estado ou, como bem observou Meirelles Teixeira, "... partem de teorias preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos... São elaboradas de um só jato, reflexivamente, racionalmente, por uma Assembleia Constituinte".[50] Como exemplo, destacamos a brasileira de 1988.

Históricas, constituem-se através de um lento e contínuo processo de formação, ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo. Aproximam-se, assim, da costumeira e têm como exemplo a Constituição inglesa.

2.4.6 Quanto à alterabilidade

[50] TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.*

Esse critério recebe diversas denominações pelos constitucionalistas pátrios. Além da citada alterabilidade (Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky[51]), encontramos: mutabilidade (Michel Temer;[52] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[53]), estabilidade (José Afonso da Silva[54] e Alexandre de Moraes[55]) e consistência (Pinto Ferreira[56]).

Em essência, deixando de lado a questão terminológica, as Constituições poderão ser rígidas, flexíveis (também chamadas de plásticas, segundo a denominação de Pinto Ferreira)[57] e semirrígidas (ou semiflexíveis). Alguns autores ainda lembram as fixas ou silenciosas, as transitoriamente flexíveis, as imutáveis (permanentes, graníticas ou intocáveis) e as super-rígidas.

Rígidas são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia alterabilidade), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas.

A rigidez constitucional, da CF/1988 está prevista no art. 60, § 2º que, por exemplo, estabelece um *quorum* de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com *quorum* de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para Lei Ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez, da CF/1988 está prevista no art. 60, I, II e III, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; e c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o art. 61.[58]

Flexíveis são aquelas Constituições que não possuem um processo legislativo de alteração mais dificultoso do que o processo legislativo de alteração das normas

---

[51] MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso: *Curso de direito constitucional.*

[52] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[53] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.*

[54] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

[55] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[56] FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional.*

[57] *Ibid.* CUIDADO: em outro sentido, Raul Machado Horta considera a Constituição brasileira de 1988 plástica, na medida em que permite o preenchimento das regras constitucionais pelo legislador infraconstitucional. Assim, o conceito de Constituição plástica para Pinto Ferreira (em seu entender, aquelas flexíveis – critério quanto à alterabilidade) não é o mesmo para Raul Machado Horta. Para este último, "a Constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política. A Constituição normativa não conflitará com a Constituição real. A coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo" (HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional.*).

[58] Desenvolveremos melhor este tema quando tratarmos das emendas constitucionais, no item 9.14.1

infraconstitucionais. Vale dizer, a dificuldade em alterar a Constituição é a mesma encontrada para alterar uma Lei que não é constitucional.

Nesse sentido, do ponto de vista formal, devemos observar que, em se tratando de Constituição flexível, não existe hierarquia entre Constituição e Lei infraconstitucional, ou seja, uma Lei infraconstitucional posterior altera texto constitucional se assim expressamente o declarar, quando for com ele incompatível, ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a Constituição.

Semiflexíveis ou semirrígidas são aquelas Constituições tanto rígidas como flexíveis, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade. O exemplo sempre lembrado é o da Constituição Imperial de 1824, que, em seu art. 178, dizia: "É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias".

As fixas, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, "... são aquelas que somente podem ser alteradas por um poder de competência igual àquele que as criou, isto é, o poder constituinte originário. São conhecidas como constituições silenciosas, porque não estabelecem, expressamente, o procedimento para sua reforma. Têm valor apenas histórico, sendo exemplos destas Constituições o Estatuto do Reino da Sardenha, de 1848, e a Carta Espanhola de 1876".[59]

Para Bulos, as Constituições transitoriamente flexíveis "... são as suscetíveis de reforma, com base no mesmo rito das leis comuns, mas apenas por determinado período; ultrapassado este, o documento constitucional passa a ser rígido. Nessa hipótese, o binômio rigidez/flexibilidade não coexiste simultaneamente. Apresenta-se de modo alternado...". Como exemplo, o autor lembra a Constituição de Baden de 1947 e a Carta irlandesa de 1937 durante os primeiros três anos de vigência.[60]

Imutáveis seriam aquelas Constituições inalteráveis, verdadeiras relíquias históricas[61] e que se pretendem eternas, sendo também denominadas permanentes, graníticas ou intocáveis.

Finalmente, segundo Alexandre de Moraes, a brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição super-rígida, já que, além de possuir um processo legislativo diferenciado para

---

[59] CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional*.

[60] BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional.*

[61] Como observa Celso Bastos, "... hoje em dia já se toma por absurdo que um Texto Constitucional se pretenda perpétuo, quando se sabe que é destinado a regular a vida de uma sociedade em contínua mutação..." (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional*.).

a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam-se como imutáveis (cláusulas pétreas, art. 60, § 4º).[62]

Esta última classificação, contudo, não parece ser a posição adotada pelo STF, que tem admitido a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4º, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados e dentro de uma ideia de razoabilidade e ponderação. Foi o caso da reforma da previdência que admitiu a taxação dos inativos, mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (as situações já consolidadas das pessoas aposentadas que passaram a ser taxadas).[63]

2.4.7 Quanto à sistemática (critério sistemático)

Valendo-se do critério sistemático, Pinto Ferreira divide as Constituições em reduzidas (ou unitárias) e variadas.[64]

Reduzidas seriam aquelas que se materializariam em um só código básico e sistemático, como as brasileiras (ver crítica a seguir).

Variadas seriam aquelas que se distribuiriam em vários textos e documentos esparsos, sendo formadas de várias leis constitucionais, destacando-se a belga de 1830 e a francesa de 1875.

Nesse mesmo sentido, Bonavides distingue as Constituições codificadas das legais.

Codificadas (que correspondem às reduzidas de Pinto Ferreira) seriam "... aquelas que se acham contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei".

Por sua vez, as legais (também denominadas Constituições escritas não formais, e que equivalem às variadas de Pinto Ferreira) seriam aquelas "... escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos. Haja vista, a título ilustrativo, a Constituição francesa de 1875. Compreendia ela Leis Constitucionais, elaboradas em ocasiões distintas de atividade legislativa, como as leis de estabelecimento dos poderes públicos, de organização do Senado e de relações entre os poderes. Tomadas em conjunto passaram a ser designadas como a Constituição da Terceira República".[65]

A brasileira de 1988, em um primeiro momento, como aponta Pinto Ferreira, seria reduzida, codificada ou unitária.

---

[62] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[63] Taxação dos inativos – "princípio da solidariedade" (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 2004).

[64] FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional.*

[65] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional.*

Contudo, especialmente diante da ideia de "bloco de constitucionalidade", que será estudada no item 6.7.1.3, parece caminharmos (de maneira muito tímida, ainda) para um critério que se aproxima de Constituição esparsa (legal ou escrita não formal – escrita e que se apresenta fragmentada em vários textos), especialmente diante da regra contida no art. 5º, § 3º, que admite a constitucionalização dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporados com o *quorum* e procedimento das emendas constitucionais.

Conforme vimos, destacamos o DL nº 186/2008 que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto nº 6.949/2009, tendo sido, assim, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

Ainda, existem vários artigos de emendas constitucionais que não foram introduzidos no "corpo" da Constituição e, permanecendo como art. autônomo das emendas, sem dúvida, têm natureza constitucional e, portanto, eventual Lei que contrarie art. de emenda constitucional poderá ser declarada inconstitucional, servindo a emenda como paradigma de confronto.

Outro exemplo interessante é a EC nº 91/2016, que, sem introduzir qualquer artigo, seja no corpo ou mesmo no ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação, sem prejuízo do mandato (cf. item 18.5).

Cabe alertar, contudo, que apesar dessa percepção, de modo geral, as provas de concursos vêm definindo a brasileira de 1988 como reduzida.

2.4.8 Quanto à dogmática

No tocante à dogmática, Pinto Ferreira, valendo-se do critério ideológico e lembrando as lições de Paulino Jacques, identifica tanto a Constituição ortodoxa como a eclética.

Ortodoxa é aquela formada por uma só ideologia, por exemplo, a soviética de 1977, hoje extinta, e as diversas Constituições da China marxista.

Eclética seria aquela formada por ideologias conciliatórias, como a brasileira de 1988 ou a da Índia de 1949.

Nessa linha, alguns autores aproximam a eclética da compromissória. De fato, parece possível dizer que a brasileira de 1988 é compromissória, assim como a portuguesa de 1976.

Nas palavras de Canotilho, "numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do "pacto" entre forças políticas e sociais. Através de "barganha" e de "argumentação", de "convergência" e "diferenças", de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um

compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários "compromissos constitucionais". O carácter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de "conflitos profundos" (deep conflict), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialético-social dos direitos econômicos, sociais e culturais, o compromisso entre "legitimidade eleitoral" e "legitimidade revolucionária", o compromisso entre princípio da unidade do Estado e o princípio da autonomia regional e local, o compromisso entre democracia representativa e democracia participativa".[66]

2.4.9 Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico – essência)

Karl Loewenstein distinguiu as Constituições normativas, nominalistas (nominativas ou nominais) e semânticas. Trata-se do critério ontológico, que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional.

Segundo Pinto Ferreira, "as Constituições normativas são aquelas em que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. As Constituições nominalistas contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional. Enfim, as Constituições semânticas são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo".[67]

Isso quer dizer que da normativa à semântica percebemos uma gradação de democracia e Estado Democrático de Direito para autoritarismo.

Enquanto nas Constituições normativas a pretendida limitação ao poder se implementa na prática, havendo, assim, correspondência com a realidade, nas nominalistas busca-se essa concretização, porém, sem sucesso, não se conseguindo uma verdadeira normatização do processo real do poder. Nas semânticas, por sua vez, nem sequer se tem essa pretensão, buscando-se conferir legitimidade meramente formal aos detentores do poder, em seu próprio benefício.

---

[66] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*. Barroso também percebe essa dialética, salientando o equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Destaca, de um lado, a livre-iniciativa e, de outro, regras de intervenção do Estado no domínio econômico, havendo contemplação de direitos sociais dos trabalhadores e restrições ao capital estrangeiro (cf. BARROSO, Luís Roberto: *Temas de direito constitucional*.).

[67] FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*.

Para Guilherme Peña de Moraes, ao tratar do constitucionalismo pátrio, a brasileira de 1988 "pretende ser" normativa; as de 1824, 1891, 1934 e 1946 foram nominais ("... a Constituição é dotada de um aspecto educativo e prospectivo [...]. Portanto, embora não haja concordância entre as normas constitucionais e a realidade política no presente, há a aspiração de que tal desiderato seja alcançado no futuro"). E as de 1937, 1967 e a EC nº 1/1969 foram semânticas.[68]

Marcelo Neves, fazendo uma releitura de Loewenstein, prefere denominar as semânticas instrumentalistas, já que instrumentos dos detentores do poder. Em sua opinião, o texto de 1988 seria nominalista, servindo como verdadeiro "álibi" para os governantes (no tocante à não concretização de seus preceitos), ao passo que as instrumentalistas (1937, 1967 e a EC nº 1/1969) aparecem como "armas" na "luta política".[69]

2.4.10 Quanto ao sistema

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Constituição, quanto ao sistema, pode ser classificada em principiológica ou preceitual.

Na principiológica, conforme anotou Guilherme Peña de Moraes, "... predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira".

Por seu turno, na preceitual "... prevalecem as regras, individualizadas como normas constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo que é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana".[70]

2.4.11 Quanto à função

Quanto à função, as Constituições podem ser classificadas como provisórias ou definitivas.

De acordo com Jorge Miranda, "chama-se de pré-Constituição, Constituição provisória ou, sob outra ótica, Constituição revolucionária ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime. Contrapõe-se à Constituição

---

[68] MORAES, Guilherme Peña de: *Curso de direito constitucional.*

[69] NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.* Sobre a temática da constitucionalização simbólica, cf. item 2.3.

[70] Destacando MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Mutações do direito administrativo.*

definitiva ou de duração indefinida para o futuro como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte".[71]

2.4.12 Quanto à origem de sua decretação: Heterônomas (heteroconstituições) x autônomas ("autoconstituições" ou "homoconstituições")

Quando surge um novo Estado, ou o Estado que já existia restaura-se, ou sofre radical transformação de sua estrutura, essa nova manifestação atrela-se a uma Constituição material que já vem acompanhada da Constituição formal, ou que passa a ter uma Constituição formal estabelecida em momento seguinte.

A soberania do Estado está sedimentada na Constituição material, e a Constituição formal, normalmente, provém do próprio Estado.

De modo incomum, contudo, a doutrina identifica Constituições que foram decretadas de fora do Estado por outro (ou outros) Estado(s) ou por organizações internacionais.

Estamos diante daquilo que Miguel Galvão Teles denominou heteroConstituição.[72]

Conforme anota Jorge Miranda, além da raridade, causam certa perplexidade, dando como exemplo: "... algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos países da Commonwealth aprovadas por leis do Parlamento britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da Albânia (obra de uma conferência internacional, de 1913) ou a Constituição cipriota (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia) ou a Constituição da Bósnia-Herzegovina (após os chamados acordos de Dayton de 1995)", ou, ainda, no plano puramente político, "as Constituições surgidas por imposição de outros Estados: as Constituições das Repúblicas Helvética e Batava do tempo da Revolução francesa, a Constituição espanhola de 1808, as primeiras Constituições da Libéria e das Filipinas, a Constituição japonesa de 1946, as Constituições das democracias populares do leste da Europa dos anos 1940 e 1950, a primeira Constituição da Guiné Equatorial. E por imposição das Nações Unidas: as Constituições da Namíbia de 1990 e do Camboja de 1993".[73]

Interessante observar, como ensina o mestre português, que "... até a independência o fundamento de validade da Constituição estava na ordem jurídica donde proveio; com a independência transfere-se para a ordem jurídica local, investida de poder constituinte. Verifica-se, pois, uma verdadeira novação do ato constituinte ou (doutro prisma) uma deslocação da regra de reconhecimento; e apenas o texto que persista – correspondente a

---

[71] MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*
[72] TELES, Miguel Galvão Teles, *apud* MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*
[73] MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*

Constituição em sentido instrumental – se liga à primitiva fonte, não o valor vinculativo das normas".[74]

Diante do exposto, no entanto, pode-se afirmar que as Constituições brasileiras não são heterônomas, na medida em que elaboradas e decretadas dentro do próprio Estado que irão reger. Podemos, assim, denominá-las, nesse sentido, Constituições autônomas, ou autoconstituições, ou, por que não, homoconstituições (fazendo um contraponto à terminologia proposta por Miguel Galvão Teles).

2.4.13 Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

A Constituição garantia busca garantir a liberdade, limitando o poder; a balanço reflete um degrau de evolução socialista e a dirigente estabelece um projeto de Estado (ex.: portuguesa).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "modernamente, é frequente designar a Constituição de tipo clássico de Constituição-garantia, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapô-la à Constituição-balanço. Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS, quando alcançado novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e em 1977. Cada uma de tais Constituições faria o balanço do novo estágio. Hoje muito se fala em Constituição-dirigente. Esta seria a Constituição que estabeleceria um plano para dirigir uma evolução política. Ao contrário da Constituição-balanço que refletiria o presente (o ser), a Constituição-programa anunciaria um ideal a ser concretizado. Esta Constituição-dirigente se caracterizaria em consequência de normas programáticas (que para não caírem no vazio reclamariam a chamada inconstitucionalidade por omissão...). A ideia de Constituição-dirigente é sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição a implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final. Exemplo, a Constituição portuguesa de 1976".[75]

2.4.14 Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) – conteúdo ideológico das constituições (André Ramos Tavares)

---

[74] MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*
[75] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*

André Ramos Tavares propõe outra classificação, levando em conta o conteúdo ideológico das Constituições, classificando-as em liberais (ou negativas) e sociais (ou dirigentes).[76]

Para ele, "as Constituições liberais surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo".

Nesse contexto, destacamos os direitos humanos de 1ª dimensão e, assim, a ideia da não intervenção do Estado, bem como a proteção das liberdades públicas. Poderíamos falar, portanto, em Constituições negativas (absenteísmo estatal).

Por outro lado, as Constituições sociais refletem um momento posterior, de necessidade da atuação estatal, consagrando a igualdade substancial, bem como os direitos sociais, também chamados de direitos de 2ª dimensão.

Trata-se da percepção de uma atuação positiva do Estado e, por isso, André Ramos Tavares aproxima as Constituições sociais da ideia de dirigismo estatal sugerida por Canotilho.

Segundo o autor, estamos diante do Estado do Bem Comum. E completa: "é bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo)".

2.4.15 Constituições expansivas (Raul Machado Horta)

Raul Machado Horta[77] inscreve a brasileira de 1988 no grupo das Constituições expansivas. Para o ilustre autor, "a expansividade da Constituição de 1988, em função dos temas novos e da ampliação conferida a temas permanentes, como no caso dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode ser aferida em três planos distintos:" conteúdo anatômico e estrutural da Constituição; comparação constitucional interna e comparação constitucional externa:

• conteúdo anatômico e estrutural da Constituição: destacam-se a estruturação do texto e sua divisão em títulos, capítulos, seções, subseções, artigos da parte permanente e, do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias);

RAUL MACHADO HORTA – CONSTITUIÇÃO EXPANSIVA – CONTEÚDO ANATÔMICO E ESTRUTURAL, da CF/**1988**
Preâmbulo
Título I – Dos Princípios Fundamentais – art. 1º ao art. 4º
Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – art. 5º ao art. 17

[76] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*.
[77] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

Título III – Da Organização do Estado – art. 18 ao art. 43
Título IV – Da Organização dos Poderes – art. 44 ao art. 135
Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas – art. 136 ao art. 144
Título VI – Da Tributação e do Orçamento – art. 145 ao art. 169
Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – art. 170 ao art. 192
Título VIII – Da Ordem Social – art. 193 ao art. 232
Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais – art. 233 ao art. 250
ADCT – art. 1º ao art. 114

• comparação constitucional interna: relaciona-se a CF/1988 com as Constituições brasileiras precedentes, considerando a extensão de cada uma e as suas alterações. Segundo o autor, referida comparação interna "... registra a dilatação da matéria constitucional e a evolução das Constituições brasileiras no tempo";

• comparação constitucional externa: relaciona a Constituição brasileira com as Constituições estrangeiras mais extensas.

Dentro dessa ideia, bastante interessante a proposta defendida por Luiz Sales do Nascimento, de uma teoria científica do direito constitucional comparado, sugerindo que a atividade comparativa siga verdadeiro e seguro roteiro metodológico.[78]

2.4.16 A Constituição Federal brasileira de 1988

Valendo-nos de todos os critérios classificatórios anteriormente expostos e a seguir esquematizados, podemos dizer que a Constituição brasileira de 1988 singulariza-se por ser: promulgada, escrita, analítica, formal (cf. nova perspectiva classificatória decorrente do art. 5º, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2004, sugerida no item 2.4.4), dogmática, rígida, reduzida, eclética, pretende ser normativa, principiológica, definitiva (ou de duração indefinida para o futuro), autônoma (autoConstituição ou "homoConstituição"), garantia, dirigente, social e expansiva.

• quanto à origem: outorgada, promulgada, cesarista (bonapartista) ou pactuada (dualista);

• quanto à forma: escrita (instrumental) ou costumeira (consuetudinária, não escrita);

• quanto à extensão: sintética (concisa, breve, sumária, sucinta, básica) ou analítica (ampla, extensa, larga, prolixa, longa, desenvolvida, volumosa, inchada);

• quanto ao conteúdo: formal ou material (tendência para um critério misto – EC nº 45/2004);

• quanto ao modo de elaboração: dogmática (sistemática) ou histórica;

• quanto à alterabilidade: rígida, flexível, semirrígida (semiflexível), fixa (silenciosa), transitoriamente flexível, imutável (permanente, granítica, intocável), "super-rígida";

---

[78] NASCIMENTO, Luiz Sales do: *Direito constitucional comparado: pressupostos teóricos e princípios gerais.*

• quanto à sistemática (Pinto Ferreira): reduzida (unitária) ou variada;

• quanto à dogmática (Paulino Jacques): ortodoxa ou eclética (destaque para o caráter compromissório do texto de 1988);

• quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico – essência – Karl Loewenstein): normativa (pretende ser), nominalista ou semântica;

• quanto ao sistema: principiológica ou preceitual;

• quanto à função: pré-Constituição, Constituição provisória, ou Constituição revolucionária, e Constituição definitiva, ou de duração indefinida para o futuro;

• quanto à origem de sua decretação: heterônoma ("heteroConstituição") ou autônoma ("autoConstituição" ou "homoConstituição");

• Manoel Gonçalves Ferreira Filho: garantia, balanço e dirigente;

• André Ramos Tavares (conteúdo ideológico das Constituições): liberais (negativas) e sociais (dirigentes);

• Raul Machado Horta: expansiva.

2.5 Elementos das constituições

Não obstante encontremos na Constituição um todo orgânico e sistematizado, as normas constitucionais estão agrupadas em títulos, capítulos e seções, com conteúdo, origem e finalidade diversos.

Esses dispositivos, trazendo valores distintos, caracterizam a natureza polifacética da Constituição, fazendo com que a doutrina agrupe as diversas normas de acordo com a sua finalidade, surgindo, então, o que se denominou elementos da Constituição.

A doutrina diverge em relação aos elementos da Constituição.[79] No entanto, parece ser mais completa a identificação do Professor José Afonso da Silva, de cinco categorias de elementos, assim definidas:[80]

• elementos orgânicos: normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder. Exemplos: a) Título III (Da Organização do Estado); b) Título IV (Da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo); c) Título V, Capítulo II e Capítulo III (Das Forças Armadas e da Segurança Pública); d) Título VI (Da Tributação e do Orçamento);

• elementos limitativos: manifestam-se nas normas que compõem o elenco dos direitos e garantias fundamentais (direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos), limitando a atuação dos poderes estatais. Exemplo: Título

[79] J. H. Meirelles Teixeira, por exemplo, vislumbrava quatro categorias de elementos, a saber: orgânicos, limitativos, programático-ideológicos e formais ou de aplicabilidade (TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.*).

[80] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), excetuando o Título II, Capítulo II (Dos Direitos Sociais), estes últimos definidos como elementos socioideológicos;

• elementos socioideológicos: revelam o compromisso da Constituição entre o Estado individualista e o Estado social, intervencionista. Exemplos: a) Título II, Capítulo II, (Dos Direitos Sociais); b) Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); c) Título VIII (Da Ordem Social);

• elementos de estabilização constitucional: consubstanciados nas normas constitucionais destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas. Constituem instrumentos de defesa do Estado e buscam garantir a paz social. Exemplos: a) art. 102, I, "a" (ação de inconstitucionalidade); b) art. 34 ao art. 36 (Da intervenção nos Estados e Municípios); art. 59, I, e art. 60 (Processos de emendas à Constituição); d) art. 102 e art. 103 (Jurisdição constitucional); e) Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, que trata do estado de defesa e do estado de sítio, já que o Título V, Capítulo II e Capítulo III, caracterizam-se como elementos orgânicos);

• elementos formais de aplicabilidade: encontram-se nas normas que estabelecem regras de aplicação das Constituições. Exemplos: a) preâmbulo; b) disposições constitucionais transitórias; c) art. 5º, § 1º, quando estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.6 Histórico das constituições brasileiras[81]

CONSTITUIÇÃO	SURGIMENTO	VIGÊNCIA EM ANOS[82]
1824	25.03.1824[83]	65
1891	24.02.1891[84]	39
1934	16.07.1934	03
1937	10.11.1937	08
1946	18.09.1946	20
1967	24.01.1967	02
EC nº 1/1969[85]	17.10.1969	18
1988	05.10.1988	31[86]

2.6.1 Constituição de 1824

[81] Este tema passou a ser inserido nos programas dos editais das provas mais recentes e consta, inclusive, no Edital de 2007 do Concurso de admissão à Carreira de Diplomata.

[82] Sem contar os meses e os dias

[83] Instalação do Governo Provisório da República em 15.11.1889.

[84] Conforme se verá no item 2.6.4, a chamada República Velha tem o seu fim com a Revolução de 1930, que instituiu, por meio de uma Junta Militar, o Governo Provisório, nos termos do Decreto nº 19.398/1930, levando Getúlio Vargas ao poder, perdurando até a promulgação do texto de 1934.

[85] Em razão de seu caráter revolucionário, posicionamo-nos no sentido de considerar a EC nº 1/1969 um novo poder constituinte originário.

[86] Até o fechamento desta edição.

Em 1808, tendo em vista a ocupação das terras portuguesas pelas tropas napoleônicas, a Família Real Portuguesa se transfere para o Brasil, passando a colônia brasileira a ser designada Reino Unido a Portugal e Algarves.

Em seguida, em decorrência da Revolução do Porto e por exigência dos nobres portugueses, o Rei Dom João VI, rei de Portugal, retorna a Lisboa em abril de 1821, deixando no Brasil Dom Pedro de Alcântara, Príncipe Real do Reino Unido e Regente brasileiro (seu filho com a imperatriz Dona Carlota Joaquina).

Esses acontecimentos, sem dúvida, contribuíram para a intensificação dos movimentos pela independência do Brasil, e, em 9 de janeiro de 1822, desrespeitando ordem da Corte portuguesa, que exigia seu retorno imediato na tentativa de efetivar a recolonização brasileira, Dom Pedro I, tendo recebido diversas assinaturas coletadas pelos "liberais radicais", disse: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto. Digam ao povo que fico" ("Dia do Fico").

Após ter declarado a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convoca, em 1823, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com ideais marcadamente liberais, que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritários.

Em substituição (da Assembleia Constituinte), Dom Pedro I cria um Conselho de Estado para tratar dos "negócios de maior monta" e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de "Majestade Imperial".

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824 e foi, dentre todas, a que durou mais tempo, tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo.

Algumas importantes características do texto de 1824 podem ser destacadas:

• Governo: monárquico, hereditário, constitucional e representativo. Tratava-se de forma unitária de Estado, com nítida centralização político-administrativa.

• Território: as antigas capitanias hereditárias foram transformadas em províncias, que, por sua vez, poderiam ser subdivididas. As províncias eram subordinadas ao Poder Central e tinham um "Presidente", nomeado pelo Imperador e que poderia ser removido a qualquer tempo (*ad nutum*) em nome do "bom serviço do Estado".

• Dinastia imperante: a do Senhor D. Pedro I, Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil. Durante o Império tivemos, também, a dinastia de D. Pedro II.

• Religião Oficial do Império: Católica Apostólica Romana. Todas as outras religiões eram permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, não podendo, contudo, ter qualquer manifestação externa de templo.

• Capital do Império brasileiro: a cidade do Rio de Janeiro foi a capital do Império brasileiro de 1822 a 1889. Com o Ato Adicional nº 16/1834, a cidade do Rio de Janeiro foi transformada em Município Neutro ou Município da Corte, entidade territorial para a sede da Monarquia. O Município Neutro apresentava importante característica: "o relacionamento direto com o poder central, ao invés da submissão ao poder da Província do Rio de Janeiro".[87]

Essa desvinculação em relação à Província do Rio de Janeiro encontrava fundamento no art. 1º, 2ª parte, do referido Ato Adicional de 1834, que, em cumprimento à Lei nº 12/1832 (que facultava a alteração de alguns artigos da Constituição de 1824, dentre eles o art. 72), inovando, passou a permitir a autoridade da Assembleia Legislativa da Província também na cidade do Rio de Janeiro (a capital).

A cidade do Rio de Janeiro foi a sede do poder federal mesmo com a proclamação da República, nos termos do art. 10 do Decreto nº 1/1889. A primeira Constituição da República, de 1891, como se verá, transformou o antigo Município Neutro (cidade do Rio de Janeiro, desvinculada da Província do Rio de Janeiro) em Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União.

• Organização dos "Poderes": seguindo as ideias de Benjamin Constant, não se adotou a separação tripartida de Montesquieu. Isso porque, além das funções legislativa, executiva e judiciária, estabeleceu-se a função moderadora. Nesse sentido, o art. 10 da Constituição do Império de 1824: "Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial".

• Poder Legislativo: exercido pela Assembleia Geral, com a sanção do Imperador, que era composta de duas Câmaras – Câmara de Deputados e Câmara de Senadores, ou Senado. A Câmara dos Deputados era eletiva e temporária; a de Senadores, vitalícia, sendo os seus membros nomeados pelo Imperador dentre uma lista tríplice enviada pela Província.

• Eleições para o Legislativo: indiretas.

• Sufrágio: censitário, ou seja, baseava-se em determinadas condições econômico-financeiras de seus titulares (para votar e ser votado).

• Poder Executivo: a função executiva era exercida pelo Imperador, Chefe do Poder Executivo, por intermédio de seus Ministros de Estado. Em um primeiro momento, para continuar no poder, os Ministros não dependiam da confiança do Parlamento.

Contudo, a partir da abdicação do trono por D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, na fase da Regência (que durou 9 anos, durante a menoridade de D. Pedro II, que contava com 5 anos de idade, tendo existido 4 Regências) e, em seguida, graças ao espírito moderado de D. Pedro II, o segundo Imperador do Brasil, que assumiu o trono aos 15 anos de idade, em 18

---

[87] Nesse sentido e para aprofundar a evolução histórica do Município Neutro e do Distrito Federal, cf. GONÇALVES, Vitor Fernandes: *O controle de constitucionalidade das leis do distrito federal.*

de julho de 1841, contribuiu para a paulatina instituição do parlamentarismo monárquico no Brasil durante o Segundo Reinado.[88]

O parlamentarismo se consolidou com a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros pelo Decreto nº 523/1847, conforme o qual D. Pedro II escolhia o Presidente do Conselho e este, por sua vez, escolhia os demais Ministros, que deveriam ter a confiança dos Deputados e do Imperador, sob pena de ser dissolvido (alguns chegam a denominá-lo um "parlamentarismo às avessas", já que o Presidente do Conselho, que equivaleria ao Primeiro-Ministro da Inglaterra, era escolhido pelo Imperador e portanto a este subordinado, e não ao Parlamento).

• Poder Judiciário: o denominado "Poder Judicial" era independente e composto de juízes e jurados. Os juízes aplicavam a lei; os jurados se pronunciavam sobre os fatos. Aos juízes de direito era assegurada a vitaliciedade ("os juízes de direito serão perpétuos", só podendo perder o "lugar" por sentença), não se lhes assegurando, todavia, a inamovibilidade. O Imperador podia suspendê-los por queixas que lhe eram feitas. Para julgar as causas em segunda e última instância, nas Províncias do Império, foram criadas as "Relações". Na Capital do Império foi estabelecido, como órgão de cúpula do Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes togados, provenientes das "Relações" das Províncias e pelo critério da antiguidade.

• Poder Moderador: sem dúvida, foi o "mecanismo" que serviu para assegurar a estabilidade do trono do Imperador durante o reinado no Brasil.

Afonso Arinos destaca que o criador da ideia de Poder Moderador, Benjamin Constant, sofreu forte influência de Clermont Tonerre.

Como relata, Benjamin Constant definia o Poder Moderador, por ele chamado de "Poder Real", como "la clef de toute organisation politique", frase esta consagrada no art. 98 da Constituição de 1824: "o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos".[89]

Muita discussão houve sobre o Poder Moderador, especialmente em razão da tradução do termo "clef", ou seja, significando "fecho" para alguns ou "chave" para outros, este último como consta do art. 98 da Constituição de 1824.

---

[88] Conforme anota Celso Bastos, em determinado momento da monarquia, "... floresceu uma prática parlamentarista que acabou por implantar no País um regime que o texto frio da Constituição não autorizava, mas ao contrário vedava. A monarquia esteve, portanto, muito ligada ao Sistema parlamentar. Inspirou-se muito no regime inglês e no século XIX, sem falar na própria Inglaterra, que foi a alma mater do regime representativo..." (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*).

[89] FRANCO, Afonso Arinos de Melo; SOUZA, Carlos Fernando Mathias de: *O constitucionalismo de d. pedro i no brasil e em portugal.*

Para os liberais, a melhor tradução seria "fecho", no sentido de "apoio e coordenação" em relação aos demais Poderes. Para os conservadores, a tradução mais adequada seria "chave", dando a ideia de possibilidade de "abrir qualquer porta", tendo em vista as constantes "intervenções" e "imposições" do Poder Moderador sobre os demais Poderes.[90]

Assim, na prática, parece que a tradução "chave" refletiu a constante interferência do Poder Moderador sobre os demais Poderes e o significado de Imperador, que recebeu os Títulos de "Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil", tendo o tratamento de "Majestade Imperial" e sendo a sua pessoa inviolável e sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma (irresponsabilidade total do Estado – "the king can do no wrong" – "o rei não erra").

O Imperador, que exercia o Poder Moderador, no âmbito do Legislativo, nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra, que a substituía. No âmbito do Executivo, nomeava e exonerava livremente os Ministros de Estado. E, por fim, no âmbito do Judiciário, suspendia os Magistrados.

• Tentativa frustrada de se instalar o Estado Federativo durante o Império: a Regência permanente, em nome do Imperador D. Pedro II, tendo em vista os poderes de reforma atribuídos pela Lei de 1832, nos termos do art. 1º, da Lei nº 16/1834 (Ato Adicional), criou as chamadas "Assembleias Legislativas Provinciais", com considerável autonomia. Contudo, contrariamente ao interesse de determinados segmentos, não se conseguiu acabar com o Poder Moderador, nem com o absolutismo reinante, especialmente a partir do advento, da Lei nº 105/1840, chamada "Lei de Interpretação", que restabeleceu, fortemente, a ideia centralizadora e a figura do Poder Moderador.

• Insurreições populares: durante o Império diversos movimentos populares eclodiram, seja por causas separatistas, seja por melhores condições sociais, destacando-se:

Cabanagem no Pará, 1835;

Farroupilha no Rio Grande do Sul, 1835;

Sabinada na Bahia, 1837;

Balaiada no Maranhão, 1838;

Revolução Praieira em Pernambuco, 1848.

• Constituição semirrígida: nos termos do art. 178, conforme já estudamos, no tocante à classificação das Constituições quanto à alterabilidade, algumas normas, para serem alteradas, necessitavam de um procedimento mais árduo, mais solene e mais dificultoso; outras, entretanto, eram alteradas por um processo legislativo ordinário, sem nenhuma formalidade.

---

[90] FRANCO, Afonso Arinos de Melo; SOUZA, Carlos Fernando Mathias de: *O constitucionalismo de d. pedro i no brasil e em portugal.*

• Liberdades públicas: por forte influência das Revoluções Americana 1776 e Francesa 1789, configurando a ideia de constitucionalismo liberal,[91] a Constituição de 1824 continha importante rol de Direitos Civis e Políticos. Sem dúvida influenciou as declarações de direitos e garantias das Constituições que se seguiram.

Não podemos, contudo, deixar de execrar a triste manutenção da escravidão, por força do regime que se baseava na "monocultura latifundiária e escravocrata",[92] como mancha do regime até 13 de maio de 1888, data de sua abolição, quando da assinatura, da Lei nºÁurea pela Princesa Isabel.[93]

Muito embora não prevista a garantia do *habeas corpus*, cabe lembrar que o Decreto nº 114/1821, alvará de D. Pedro I, antes do texto, já proibia prisões arbitrárias. A Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária.

Foi somente a partir do Código Criminal de 1830 (art. 183 ao art. 188) que se passou a estabelecer a garantia do *habeas corpus*, regra prevista, também, no Código de Processo Criminal de Primeira Instância, Lei nº 127/1832, art. 340 ao art. 345 e no art. 18, da Lei nº 2.033/1871, que assegurou a impetração também por estrangeiros.

A garantia do *habeas corpus* – HC, como se verá, constitucionaliza-se somente no texto de 1891.

2.6.2 Decreto nº 1, de 15.11.1889 – Primeiro governo provisório da república

A partir de 1860, começa-se a perceber um enfraquecimento da Monarquia. Em 1868, durante a Guerra do Paraguai, os militares passam a nutrir um forte sentimento de descontentamento com a Monarquia, sentimento esse que se intensificou em razão da candente "marginalização política" e redução do orçamento e efetivo militares.

O Manifesto do Centro Liberal 1869 e o Manifesto Republicano 1870 também contribuíram para abalar a Monarquia, atacando a vitaliciedade dos Senadores e o papel do Conselho de Estado.

Em 1874 tivemos fortes entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia.

Nesse contexto, "desmoronando" as "colunas de apoio" ao Império, em 15 de novembro de 1889, a República é proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular.

---

[91] Como anotou Celso Bastos, "o liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o Sistema social" (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*).

[92] Nesse sentido, cf. FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional.*

[93] Destacamos, anteriormente, apenas para recordar, a Lei nº 2.040/1871, "Lei do Ventre Livre", que assegurou a condição de livres aos filhos da mulher escrava, bem como a Lei n.º 3.270/1885, "Lei dos Sexagenários", que tornou livres, a partir de 1885, os escravos com idade igual ou superior a 65 anos

Isso porque, como visto, tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo. A República nascia, assim, sem legitimidade.

Consequentemente, as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, passam a constituir os Estados Unidos do Brasil.

Entre 1889 e 1891 se instala no Brasil o Governo Provisório Decreto nº 1/1889, redigido por Rui Barbosa, presidido por Deodoro da Fonseca e que tinha a importante missão de consolidar o novo regime e promulgar a primeira Constituição da República.

Nos termos do art. 10 do Decreto presidencial nº 1/1889, "o território do Município Neutro fica provisoriamente sob a administração imediata do Governo Provisório da República, e a cidade do Rio de Janeiro constituída, também provisoriamente, sede do poder federal".

2.6.3 Constituição de 1891

A Assembleia Constituinte foi eleita em 1890. Em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição da República do Brasil (a segunda do constitucionalismo pátrio) é promulgada, sofrendo pequena reforma em 1926. Vigorou até 1930.

A Constituição de 1891 teve por Relator o Senador Rui Barbosa e sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787, consagrando o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado federal, abandonando o unitarismo e a forma de governo republicana em substituição à monárquica.

• Forma de Governo e regime representativo: nos termos do art. 1º da Constituição de 1891, a Nação brasileira adotou, como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada em 15 de novembro de 1889. Declarou, ainda, a união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias, transformando-as em Estados Unidos do Brasil e vedando, assim, a possibilidade de secessão (qual seja, separação, segregação do pacto federativo).

• Distrito Federal – Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro: nos termos do art. 2º da Constituição de 1891, o antigo Município Neutro (Rio de Janeiro, que era a sede do Poder Central do Império) foi transformado em Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não cumprida a determinação contida no art. 3º da Constituição de 1891, com a seguinte previsão: "fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital Federal. Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado".

Nesse sentido, o art. 1º da primeira Lei Orgânica do DF, a Lei nº 85/1892, manteve a natureza "municipal" da capital do País (o Distrito Federal), ao estabelecer: "o Distrito Federal

compreende o território do antigo Município Neutro, tem por sede a cidade do Rio de Janeiro e continua constituído em Município".[94]

• Não há mais religião oficial: o Brasil, nos termos do que já havia sido estabelecido pelo Decreto nº 119-A/1890, constitucionaliza-se como um país leigo, laico ou não confessional. Retiraram-se os efeitos civis do casamento religioso. Os cemitérios, que eram controlados pela Igreja, passaram a ser administrados pela autoridade municipal. Houve proibição do ensino religioso nas escolas públicas. Não se invocou, no preâmbulo da Constituição, a expressão "sob a proteção de Deus" para a sua promulgação.

Lembramos, por fim, que nos termos do art. 4º do Decreto nº 119-A/1890, já havia sido extinto o padroado (direito que o Imperador tinha de intervir nas nomeações dos bispos, bem como nos cargos e benefícios eclesiásticos), com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas.

Como não havia mais religião oficial, naturalmente também, com o texto de 1891, ficou extinta a concessão ou negativa de beneplácito régio aos Decretos dos Concílios e Letras Apostólicas e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas (ou seja, a aprovação estatal dos aludidos documentos para a vigência interna, não existindo mais nos termos do art. 102, XIV, da Constituição de 1824).

Ainda, em igual sentido, o fato de o Estado ter-se separado da Igreja determinou a extinção do recurso à Coroa para atacar as decisões dos Tribunais Eclesiásticos.

• Organização dos "Poderes": o Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de "Poderes". Nesses termos, o art. 15 da Constituição de 1891 estabeleceu: "são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si".

• Poder Legislativo: o Poder Legislativo federal era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, sendo este composto por dois "ramos", ou Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Fixava-se, assim, o "bicameralismo federativo".

A Câmara dos Deputados era composta de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante sufrágio direto, garantida a representação da minoria. Cada Deputado exercia mandato de 3 anos.

Já o Senado Federal representava os Estados e o Distrito Federal, sendo eleitos 3 Senadores por Estado e 3 pelo Distrito Federal, eleitos do mesmo modo que os Deputados, para mandato de 9 anos, renovando-se o Senado pelo terço trienalmente (ou seja, 1 a cada

---

[94] Segundo José Afonso da Silva, o Distrito Federal tem origem histórica no federalismo norte-americano, nos termos da Seção 8, art. 1º, nº 17, da Constituição americana de 1787. Isso porque "... a autonomia das entidades federativas regionais entre si e em relação à União e do governo desta em face daquelas exigiu que a sede do governo federal se localizasse em território sujeito à sua própria jurisdição. Foi assim que surgiu o Distrito Federal, como mais uma inovação da história constitucional dos Estados Unidos..." (SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.* – comentários ao art. 32).

3 anos, já que o mandato era de 9 anos e junto com as eleições para Deputados, que tinham mandato de 3 anos).

O Poder Legislativo também foi estabelecido em âmbito estadual. Alguns Estados, curiosamente, possuíam duas Casas, caracterizando-se, assim, a ideia de bicameralismo estadual, como podia ser percebido em São Paulo e Pernambuco, que tinham, além da Câmara dos Deputados (Estaduais), um Senado Estadual.

• Poder Executivo: exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação, era eleito junto com o Vice-Presidente por sufrágio direto da Nação, para mandato de 4 anos, não podendo ser reeleito para um período subsequente.

Cabe alertar, contudo, nos termos do art. 1º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, muito embora a previsão e conquista das eleições diretas, que a primeira eleição da República foi indireta, pelo Congresso Nacional, elegendo-se o Presidente Marechal Deodoro da Fonseca e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil Marechal Floriano Peixoto.[95]

O Presidente da República era auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança que lhe subscreviam os atos e eram nomeados e exonerados livremente (*ad nutum*).

Interessante notar que alguns Estados designavam o seu Executivo local como "presidente", enquanto outros, como "governador". Assim, era possível perceber a figura de "presidentes estaduais" exercendo o Executivo local.

• Poder Judiciário: o órgão máximo do Judiciário passou a chamar-se Supremo Tribunal Federal, composto de 15 "Juízes". Estabeleceu-se a hipótese dos crimes de responsabilidade. Houve expressa previsão da garantia da vitaliciedade para os Juízes Federais (art. 57) e para os membros do Supremo Tribunal Militar (art. 77, § 1º). Para os Juízes Federais, houve expressa previsão da garantia da irredutibilidade de "vencimentos" (art. 57, § 1º).

A Justiça Federal foi mantida na Constituição. Cabe mencionar que o Decreto nº 848/1890, por inspiração do modelo norte-americano da Constituição de 1787 (lembrando, ainda, o suíço de 1874 e o argentino, nos termos das Leis de 1882 e 1883), já havia criado a Justiça Federal no Brasil, exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juízes de Secção.

• Constituição rígida: nos termos do art. 90 previu-se um processo de alteração da Constituição mais árduo e mais solene do que o processo de alteração das demais espécies normativas. Assim, perde sentido a anterior distinção que era feita no texto de 1824 entre norma material e formalmente constitucional. Estabeleceu-se, como cláusula pétrea, a forma republicano-federativa e a igualdade da representação dos Estados no Senado.

---

[95] Para informações históricas sobre o período republicano da política brasileira e a galeria dos Presidentes, cf.: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br.

• Declaração de direitos: a declaração de direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés, presiganga, (que já havia sido extinta pelo Decreto nº 774/1890),[96] a de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as disposições da legislação militar em tempo de guerra.[97] Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos do que vai ser sentido no texto de 1934.

No tocante às garantias constitucionais, na Constituição de 1891 houve expressa previsão, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Embora não prevista a garantia do *habeas corpus* no texto de 1824, cabe lembrar que o Decreto nº 114/1821, alvará de D. Pedro I, proibia prisões arbitrárias; a Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e vedou a prisão arbitrária; já a partir do Código Criminal de 1830 (art. 183 ao art. 188), passou-se a estabelecer a garantia do *habeas corpus*, regra prevista também no Código de Processo

---

[96] Convém lembrar que o Decreto nº 774/1890, expedido durante o Governo Provisório da República, já havia: a) abolido a pena de galés; b) reduzido a 30 anos as penas perpétuas; c) mandado computar a prisão preventiva na execução; d) estabelecido a prescrição das penas. Destacamos, também, os "considerandos", que apontam avanços em termos de direitos humanos, explicando, ainda, o conceito de pena de galés: "Que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente aflitivas não se compadecem com os princípios da humanidade, em que no tempo presente se inspiram a ciência e a justiça sociais, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso; Que as galés impostas pelo código criminal do extinto império obrigando os réus a trazerem calceta no pé e corrente, infligem uma tortura e um estigma, enervam as forças físicas e abatem os sentimentos morais, tornam odioso o trabalho, principal elemento de correção, e destroem os estímulos da reabilitação; Que a Constituição da República, embora ainda não em vigor nesta parte, já determinou a abolição dessa pena; Que a penalogia moderna reprova igualmente a prisão perpétua; Que a justiça penal tem limite na utilidade social, devendo cessar, ainda depois da condenação e durante a execução, a pena abolida pelo poder público; Que urge, enquanto não é publicado e posto em execução o novo Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, remediar excessivos rigores da legislação criminal vigente, entre os quais a imprescritibilidade da pena, decreta...".

[97] Conforme anota Carlos Fernando Mathias de Souza, "eram as seguintes as penas do Código de 1830: de morte pela forca (art. 38), inadmitindo rigores na execução (art. 61), aplicada contra cabeças de insurreição (arts. 113 e 114) e em determinadas hipóteses de homicídios, é dizer-se, em função de determinadas circunstâncias (arts. 192 e 271). A pena de galés, presiganga, que era aplicada como comutação da pena de morte ou (em grau mínimo) para os crimes de perjúrio, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade. Os punidos com ela deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos. A pena de prisão era estabelecida para a quase que totalidade dos crimes. A de banimento consistia em autêntica *capitis diminutio do status civitatis* posto que privava o condenado dos seus direitos de cidadão, além de impedi-lo de residir no território do império. É curioso, contudo, observar que não se encontra no Código qualquer crime para o qual fosse estabelecida tal pena. Outra pena, a de degredo, obrigava o punido a residir em determinado lugar e por certo tempo (art. 51) e estava cominada para réus que cometessem estupro de parente em grau em que não fosse admitida dispensa para o casamento (art. 221) ou para quem sem legitimidade ou investidura legal exercesse comando militar ou conservasse a tropa reunida abusivamente (art. 141). A pena de desterro, que consistia na saída do condenado do local onde foi praticado o delito, do de sua principal residência e do ofendido, era aplicada nas hipóteses de conspiração, abuso de autoridade, crime de estupro e de sedução de mulher com menos de dezessete anos. A perda de exercício dos direitos políticos era uma espécie de pena acessória, aplicada enquanto durassem os efeitos da condenação às galés, à prisão, ao degredo ou ao desterro – (art. 53). A pena de perda do emprego público destinava-se aos funcionários que cometessem os crimes de prevaricação, de peita, de excesso ou abuso de autoridade, dentre outros. Já a pena de suspensão de emprego era estabelecida para as hipóteses, por exemplo, da prática de concussão". A pena de açoites só podia ser aplicada aos escravos e desde que não condenados à pena capital, ou de galés, ou ainda por crime de insurreição. Lembre-se que havia, ainda, a pena de multa, que, obviamente, consistia no pagamento de pecúnia e era aplicada aos condenados à pena maior, quer por crimes públicos, particulares ou policiais.

Criminal de Primeira Instância, Lei nº 127/1832 (art. 340 ao art. 345) e no art. 18, da Lei nº 2.033/1871 (que assegurou a impetração também por estrangeiros).

Em 03.09.1926 foi editada Emenda nº 1 à Constituição de 1891, limitando a chamada "teoria (ou doutrina) brasileira do *habeas corpus*" e restringindo o remédio constitucional do *habeas corpus* exclusivamente à liberdade de locomoção.

• Reforma de 03.09.1926: houve centralização do poder, restringindo a autonomia dos Estados. Segundo Celso Bastos, a Reforma de 1926 foi "... marcada por uma conotação nitidamente racionalista, autoritária, introduzindo alterações no instituto da intervenção da União nos Estados, no Poder Legislativo, no processo legislativo, no fortalecimento do Executivo, nos direitos e garantias individuais e na Justiça Federal". Isso tudo vai diminuir a sua "longevidade", especialmente em razão do movimento armado de 1930, que pôs fim ao período chamado de "Primeira República".[98]

2.6.4 A Revolução de 1930 – Segundo governo provisório da república

A chamada República Velha tem o seu fim com a Revolução de 1930, que instituiu o Governo Provisório nos termos do Decreto nº 19.398/1930, levando Getúlio Vargas ao poder.[99]

Barroso aponta dois aspectos mais graves a ensejar a ruína da República Velha: o domínio das oligarquias e a fraude eleitoral institucionalizada. Lembra, ainda, a grave crise econômico-financeira de 1929 ("Grande Depressão"), uma pequena burguesia em ascensão, o Tenentismo (movimento contra o regime oligárquico que dirigia o Brasil) e o surgimento de uma classe operária descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra.[100]

Um outro episódio também contribuiu para a mobilização da oposição em prol da Revolução de 30, qual seja, o assassinato de João Pessoa, em 26 de julho de 1930, que deflagrou o movimento militar iniciado no Rio Grande do Sul.

---

[98] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

[99] Conforme anota, com razão, Pinto Ferreira, "provavelmente a revolução não teria eclodido na época se não fosse a sucessão presidencial. Washington Luís forçou a sucessão em favor de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, quando Antônio Carlos pleiteava a sucessão apoiado por Minas Gerais. De acordo com o esquema de controle da presidência ("política do café com leite", acrescente-se), São Paulo e Minas se revezavam mutuamente. Washington Luís não atendeu a essa pretensão, o que acelerou a revolução. Esta propagou-se rapidamente, com o apoio do povo, dos estudantes, dos operários e das Forças Armadas, estas últimas depondo o presidente em 24.10.1930, e compondo-se uma junta governativa provisória. A junta transmitiu o governo ao candidato derrotado eleitoralmente, o Sr. Getúlio Vargas, em 03.11.1930. Logo em seguida, foi expedida a Lei Orgânica do Governo Provisório, pelo Decreto nº 19.398/1930, a fim de organizar a nova República" (FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional.*).

[100] BARROSO, Luís Roberto: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.*

Nesse contexto, em 1930 uma Junta Militar transfere o poder para um Governo Provisório, que o exerceria até a promulgação do texto de 1934, motivada (a promulgação do texto democrático) por alguns elementos de pressão e contestação aos métodos arbitrários empregados, como o marcante papel da Revolução Constitucionalista de São Paulo, de 9 de julho de 1932.[101]

Nos termos do art. 1º do Decreto nº 19.398/1930, cabia ao Governo Provisório exercer, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do Poder Executivo como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, se estabelecesse a reorganização constitucional do País.

O art. 2º do aludido Decreto confirmava a dissolução do Congresso Nacional, das atuais Assembleias Legislativas dos Estados (sejam quais forem as suas denominações), Câmaras ou Assembleias Municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos existentes nos Estados, nos Municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tivessem sido de fato.

Foi nomeado um interventor para cada Estado, havendo controle, também, sobre os Municípios (art. 11).

A função legislativa, concentrada no Governo Provisório, como vimos, era exercida por decretos expedidos pelo Chefe do Governo e subscritos pelo Ministro respectivo (art. 17).

Como ponto positivo, em 1932 Getúlio Vargas decretou o importante Código Eleitoral (Decreto nº 21.076/1932), que instituiu a Justiça Eleitoral, trazendo, assim, garantias contra a política anterior, que "sepultou" a Primeira República, retirando a atribuição de proclamar os eleitos das assembleias políticas, e, ainda, adotou o voto feminino[102] e o sufrágio universal, direto e secreto.

Conforme visto, esse segundo Governo Provisório da República durou até o advento da Constituição de 1934, promulgada em 16.07.1934.

2.6.5 Constituição de 1934

A crise econômica de 1929, consoante referido, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, sem dúvida, influenciaram a promulgação do

---

[101] Conforme anota Zimmermann, "ainda que tenha se revelado um completo fracasso do ponto de vista militar (os seus líderes foram presos pelas forças governistas), a Revolução de 1932 foi um sucesso absoluto do ponto de vista político, porque Getúlio se sentiu forçado a consentir na elaboração de uma nova Constituinte, em 1933, que marcaria o retorno à normalidade constitucional" (ZIMMERMANN, Augusto: *Curso de direito constitucional*.)

[102] Apenas por curiosidade, destacamos que a potiguar Celina Guimarães Vianna, da cidade de Mossoró, foi a primeira eleitora do Brasil (e na América Latina). No caso, tratava-se de garantia inicialmente introduzida no Código Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte (Lei Estadual nº 660/1927), lembrando que a previsão nacional veio somente com o Código Eleitoral (Decreto nº 21.076/1932). Em razão dessa conquista ter sido assegurada pelo referido Código, a sua data, qual seja, 24 de fevereiro, foi instituída, no Calendário Oficial do Governo Federal, como o Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil, a ser comemorado, anualmente (Lei nº 13.086/2015).

texto de 1934, abalando, assim, os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da Constituição de 1891.

Por isso é que a doutrina afirma, com tranquilidade, que o texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, portanto, os direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social).

Há influência, também, do fascismo, já que o texto estabeleceu, o que se verá abaixo, além do voto direto para a escolha dos Deputados, a modalidade indireta, por intermédio da chamada "representação classista" do Parlamento.

Dentro do constitucionalismo pátrio, o texto de 1934 teve curtíssima duração, sendo abolido pelo golpe de 1937.

Foram mantidos alguns princípios fundamentais, como a República, a Federação, a tripartição de Poderes, o presidencialismo e o regime representativo, destacando-se as seguintes características:

• Forma de Governo e regime representativo: nos termos do art. 1º, a Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

Os poderes da União foram consideravelmente aumentados, discriminando-se as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios.

• Capital da República – Distrito Federal – tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro: o Distrito Federal, administrado por um Prefeito, foi mantido, com sede na cidade do Rio de Janeiro, como Capital da República. Nos termos do art. 4º das disposições transitórias, havia a previsão de transferência da Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que a Constituição entrasse em vigor, nomearia uma Comissão que, sob instruções do Governo, procederia a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, os resultados seriam apresentados à Câmara dos Deputados, que escolheria o local e tomaria, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o Distrito Federal passaria a constituir um Estado.

Nos termos do art. 5º, XVI, a União editou a Lei nº 196/1936, a segunda Lei Orgânica do Distrito Federal, fixando amplo regime de autonomia para o DF, elevando-o à condição de "supermunicípio", conforme o art. 1º da referida lei, que o aproximava dos Estados, nos seguintes termos: "o atual Distrito Federal tem autonomia equivalente à dos Estados, ressalvadas as limitações decorrentes aos preceitos da Constituição Federal".

• Mantida a inexistência de religião oficial: o País continua leigo, laico ou não confessional, sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre

exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes.

Amenizando o "sentimento" antirreligião do texto de 1891, na dicção do art. 146, passou-se a admitir o casamento religioso com efeitos civis, nos seguintes termos: "o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições, da Lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil". Ainda, segundo o art. 153, facultou-se o ensino religioso nas escolas públicas.

Finalmente, destaca-se a previsão de "Deus" no preâmbulo.

• Organização dos "Poderes": a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de "Poderes" foi mantida. De acordo com o art. 3º, são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

• Poder Legislativo: era exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal. Rompia-se, assim, com o princípio do bicameralismo rígido ou paritário, no qual as duas Casas exercem funções básicas idênticas. Estabelecia-se, por consequência, um bicameralismo desigual, também chamado pela doutrina de unicameralismo imperfeito, já que, como visto, o Senado Federal era mero colaborador da Câmara dos Deputados.[103]

O mandato dos Deputados era de 4 anos. A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a Lei indicasse (representação corporativa de influência fascista).[104]

Já em relação ao Senado Federal, nos termos do art. 41, § 3º, a competência legislativa se reduzia às matérias relacionadas à Federação, como a iniciativa das leis sobre a intervenção federal e, em geral, das que interessassem determinadamente a um ou mais Estados.

Conforme o art. 89, o Senado Federal era composto de dois representantes de cada Estado e o do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto, por 8 anos, dentre brasileiros natos, alistados eleitores e maiores de 35 anos, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal, no Senado, renovava-se pela metade, conjuntamente com a eleição da Câmara dos Deputados.

---

[103] SILVA, José Afonso da: *Processo constitucional de formação das leis.*

[104] Nesse sentido, nos termos do art. 23, § 3º, os Deputados das profissões serão eleitos na forma, da Lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

Por fim, dispunha o art. 88 que cabia ao Senado Federal, conforme os art. 90 ao art. 92, a incumbência de promover a coordenação dos Poderes federais entre si,[105] manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

• Poder Executivo: exercido pelo Presidente da República, eleito junto com o vice por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos para mandato de 4 anos, vedada a reeleição. O Presidente da República seria auxiliado pelos Ministros de Estado, que passaram a ter responsabilidade pessoal e solidária com o Presidente.

• Poder Judiciário: foram estabelecidos como órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais, estabelecendo-se aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de "vencimentos". A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compunha-se de 11 Ministros.

• Constituição rígida: nos termos do art. 178, caput, "a Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (art. 1º ao art. 14 e do art. 17 ao art. 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Título I, Capítulo II, Capítulo III e Capítulo IV; o Título I, Capítulo V; o Título II; o Título III; e os art. 175, art. 177, art. 178 e art.181); e revista, no caso contrário". O art. 178, § 5º, fixou, como cláusula pétrea, a forma republicana federativa.

• Declaração de direitos: nos termos do art. 108, constitucionaliza-se o voto feminino, com valor igual ao masculino, conforme já havia sido previsto no art. 2º do Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076/1932). Outra garantia foi a constitucionalização do voto secreto (também chamado de "voto australiano" por ter surgido, pela primeira vez, na Austrália, em 1856), que já havia sido assegurada pelo Código Eleitoral de 1932.

Vários direitos clássicos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI).

Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista.

Dentre as novidades dos remédios constitucionais, destacamos a previsão, pela primeira vez, do mandado de segurança (art. 113, nº 33) e da ação popular (art. 113, nº 38).[106]

---

[105] Conforme Celso Bastos explica, "era como que a reConstituição do Poder Moderador do Império, transformado em órgão supremo do Estado. Marcelo Caetano vê nele semelhanças com o Senado Conservador das Constituições francesas do ano VIII e do ano X" (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional*.).

[106] Muito embora o texto de 1824 falasse em ação popular nos termos do art. 157 ("por suborno, peita, peculato, e concussão, haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei"), parece que esta se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal. Assim, concordamos com Mancuso que o texto de 1934 foi "o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*). Cf. interessante evolução histórica do instituto trazida por SILVA, José Afonso da: *Ação popular constitucional*.

2.6.6 Constituição de 1937

Getúlio Vargas foi eleito e empossado para governar de 1934 até 1938. Contudo, durante esse período, um forte antagonismo foi percebido entre a direita fascista de um lado (em especial a Ação Integralista Brasileira – AIB), defendendo um Estado autoritário, e o movimento de esquerda de outro, destacando ideais socialistas, comunistas e sindicais (em especial a formação, em 1935, da Aliança Nacional Libertadora – ANL).

• direita fascista • Estado autoritário • Ação Integralista Brasileira – AIB	X	• movimento de esquerda • ideais, socialistas, comunistas e sindicais • Aliança Nacional Libertadora – ANL

Em 11 de julho de 1935, o Governo fechou a Aliança Nacional Libertadora – ANL, considerando-a ilegal com base na "Lei de Segurança Nacional", cujo estopim da crise foi o manifesto lançado por Luís Carlos Prestes.

Em razão da Intentona Comunista (novembro de 1935 – Natal, Recife e Rio de Janeiro – insurreição político-militar que contava com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes – agora militares comunistas – e que tinha o objetivo de derrubar Getúlio Vargas e instalar o socialismo no Brasil), o estado de sítio foi decretado pelo Governo e se deflagrou um forte movimento de repressão ao comunismo, inclusive com o apoio da famigerada "Polícia Especial".

Getúlio Vargas e o Governo tiveram o apoio do Congresso Nacional, que decretou o "estado de guerra".

Em 30 de setembro de 1937, os jornais noticiaram que o Estado-Maior do Exército havia descoberto um plano comunista para a tomada do Poder ("Plano Cohen"). Este foi o "estopim" para que o Governo decretasse o golpe como suposta "salvação" contra o comunismo que parecia "assolar" o País.

Tendo o apoio dos Generais Góis Monteiro (Chefe do Estado-Maior do Exército) e Eurico Gaspar Dutra (Ministro da Guerra), bem como diante de uma nova decretação de "estado de guerra" pelo Congresso Nacional, em 10 de novembro de 1937 Getúlio Vargas dá o golpe ditatorial, centralizando o poder e fechando o Congresso Nacional.

Era o início do que Vargas intitulou de "nascer da nova era", outorgando-se a Constituição de 1937, influenciada por ideais autoritários e fascistas, instalando a ditadura ("Estado Novo"), que só teria fim com a redemocratização pelo texto de 1945, e se declarando, em todo o País, o estado de emergência.

A Carta de 1937, elaborada por Francisco Campos, foi apelidada de "Polaca" em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo Marechal

Josef Pilsudski. Deveria ter sido submetida a plebiscito nacional, nos termos de seu art. 187, o que nunca aconteceu.

Além de fechar o Parlamento, o Governo manteve amplo domínio do Judiciário. A Federação foi abalada pela nomeação dos interventores. Os direitos fundamentais foram enfraquecidos, sobretudo em razão da atividade desenvolvida pela "Polícia Especial" e pelo "DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda". Para piorar, pelo DL nº 37/1937, os partidos políticos foram dissolvidos.

Apesar do regime extremamente autoritário, na medida em que o Estado, centralizador, atuava diretamente na economia, não se pode negar o seu importante crescimento nesse setor.

Buscando atrair o apoio popular, a política desenvolvida foi denominada "populista", consolidando-se as Leis do Trabalho (CLT) e importantes direitos sociais, como o salário mínimo.

Algumas características, então, podem ser esquematizadas:

• Forma de Governo: nos termos do art. 1º, o Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, de sua honra, de sua independência e de sua prosperidade.

• Forma de Estado: o Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

Na prática, contudo, as autonomias estaduais foram reduzidas, e podemos dizer que o regime federativo foi simplesmente "nominal", havendo constante, senão até permanente, assunção dos governos estaduais por interventores federais. Por sua vez, os vereadores e prefeitos eram nomeados pelos interventores de cada Estado.

• Distrito Federal – Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro: nos termos do art. 7º, o Distrito Federal, que continuou como capital federal, como sede do Governo da República, era administrado pela União. Explicitando, de acordo com o art. 30, o Distrito Federal era administrado por Prefeito nomeado pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal, e demissível *ad nutum*, cabendo as funções deliberativas ao Conselho Federal.

• Não há mais religião oficial: continuava o Brasil como país leigo, laico ou não confessional, não havendo, contudo, a invocação da "proteção de Deus" no preâmbulo da Constituição.

• Organização dos "Poderes": a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu foi formalmente mantida. Entretanto, na prática, tendo em vista o forte traço autoritário do regime, o Legislativo e o Judiciário foram "esvaziados".

• Poder Legislativo: de acordo com o art. 38, o Poder Legislativo seria exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho, da economia Nacional e do Presidente da República.

Havia a previsão de composição do Parlamento Nacional por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. Como se percebe, o Senado Federal deixou de existir durante o Estado Novo.

A Câmara dos Deputados seria composta de representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto para mandato de 4 anos. Já o Conselho Federal seria composto de representantes dos Estados e 10 membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato era de 6 anos.

Cabe alertar, no entanto, que, segundo o art. 178, foram dissolvidos a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais, marcando-se eleições futuras para o novo Parlamento. Enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o Presidente da República tinha o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Na prática, o Legislativo nunca chegou a se instalar.

• Poder Executivo: na dicção do art. 73, o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordenava a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirigia a política interna e externa, promovia ou orientava a política legislativa de interesse nacional, e superintendia a administração do País.

A eleição indireta foi estabelecida para a escolha do Presidente da República, que cumpriria mandato de 6 anos.

• Poder Judiciário: eram órgãos do Poder Judiciário (art. 90): a) o Supremo Tribunal Federal; b) os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; c) os Juízes e Tribunais militares. A Justiça Eleitoral foi extinta e, conforme já visto, também os partidos políticos.

O Judiciário, contudo, foi "esvaziado". Como exemplo, nos termos do art. 96, parágrafo único, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma Lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

Outra demonstração de "força" do poder central está no art. 170, ao estabelecer que, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, os atos praticados em virtude deles não poderiam ser conhecidos por qualquer Juiz ou Tribunal.

• Declaração de direitos: não houve previsão do mandado de segurança nem da ação popular. Não se tratou dos princípios da irretroatividade das leis e da reserva legal. O direito

de manifestação do pensamento foi restringido, pois previa o art. 122, nº 15, "a", que, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão podia ser exercida, facultando-se à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

Nenhum jornal poderia recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em Lei (art. 122, nº 15, "b").

Segundo o art. 122, nº 13 (e em sua redação determinada pela Lei Constitucional nº 1/1938), além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte poderia ser aplicada para crimes políticos e nas hipóteses de homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Nos termos do art. 177, que vigorou durante todo o Estado Novo, embora o seu prazo inicial tenha sido limitado a 60 dias (tendo em vista a faculdade trazida pela Lei Constitucional nº 2/1938), o Governo poderia aposentar ou reformar, de acordo com a legislação em vigor, os funcionários civis e militares cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo do "Governo", no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

Foi declarado o estado de emergência (art. 186), que, suspendendo direitos e garantias individuais, só veio a ser revogado pela Lei nº 16/1945.

A greve e o lock-out foram proibidos, tendo sido declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (art. 139).

O art. 173, na sua redação determinada pela Lei Constitucional nº 7/1942, estabeleceu a possibilidade de declarar o "estado de guerra", com restrição a direitos fundamentais e, ainda, o julgamento de crimes cometidos contra a estrutura das instituições, a segurança do Estado e dos cidadãos pela Justiça Militar ou pelo Tribunal de Segurança Nacional. Este último só veio a ser extinto pela Lei Constitucional nº 14/1945.

A tortura foi utilizada como instrumento de repressão, situação essa simbolizada pela entrega de Olga Benário, mulher de Luís Carlos Prestes, líder comunista no Brasil, que viria a ser assassinada em campo de concentração nazista na Alemanha.

• Nacionalização formal, da economia e conquista de direitos e vantagens trabalhistas: muito embora essa "triste" realidade ditatorial, durante o período houve inegável "nacionalização formal, da economia", bem como "controle sobre certas áreas estratégicas de produção, como mineração, aço e petróleo", configurando, assim, importante "expansão capitalista".[107]

[107] Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*.

Podemos citar as seguintes estatais criadas durante o período: Companhia Vale do Rio Doce 1942, Companhia Nacional de Álcalis 1943, Fábrica Nacional de Motores 1943 e Companhia Hidroelétrica do São Francisco 1945.

Também tivemos avanços no campo trabalhista. Contudo, como anota Barroso, nesse contexto, "... a Constituição não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais".[108]

2.6.7 Constituição de 1946

Durante a Segunda Guerra Mundial, o Governo brasileiro declarou ofensiva contra os países do "Eixo" (destacando-se como principais potências a Alemanha, a Itália e o Japão), entrando no confronto ao lado dos "Aliados" (destacando-se como principais potências a China, a França, a Grã-Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos). Como marco histórico, em 1943, ressaltamos a criação da FEB – Força Expedicionária Brasileira.

A entrada na Guerra fez com que Vargas perdesse importante apoio, situação essa materializada na publicação, em 24 de outubro de 1943, do Manifesto dos Mineiros, carta assinada por intelectuais que apontava a contradição entre a política interna e a externa.

Isso porque, ao aderir à Guerra ao lado dos "Aliados", buscando enfrentar as ditaduras nazifascistas de Mussolini e Hitler (países do "Eixo"), parecia natural que o fascismo fosse "varrido" da realidade brasileira, não se sustentando, internamente, a contradição de manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e externamente lutar contra esse regime.

Outros documentos, na mesma linha do Manifesto dos Mineiros, foram assinados. Essa crise política forçou Vargas a assinar o Ato Adicional em 1945 (Lei Constitucional nº 9/1945), convocando eleições presidenciais e marcando a derrocada final do "Estado Novo".

Durante a campanha eleitoral, surge o movimento chamado "queremismo", que significava "Queremos Getúlio", e tudo levava a crer, especialmente com o apoio do partido comunista, agora legalizado, que Getúlio iria continuar e, eventualmente, até dar um novo golpe.

Em 29 de outubro de 1945, Vargas tentou substituir o chefe de Polícia do Distrito Federal por seu irmão, Benjamin Vargas. Além disso, nomeou João Alberto para Prefeito do Rio de Janeiro, fatos que precipitariam o fim do Estado Novo, já que davam a entender a vontade de Vargas continuar no Poder.

---

[108] BARROSO, Luís Roberto: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Também nesse sentido, FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*.

Esses fatos culminaram com a “expulsão” de Vargas do poder pelos Generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro, sendo, assim, deposto pelas Forças Armadas.

Convocado pelas Forças Armadas, o Executivo passou a ser exercido pelo então Presidente do STF, Ministro José Linhares, que governou de 29.10.1945 a 31.01.1946, até assumir, eleito pelo voto direto e com mais de 55% de aprovação dos eleitores, o General Gaspar Dutra como o novo Presidente da República.

José Linhares praticou importantes atos, como: a) a revogação do art. 177 (que permitia a aposentadoria ou reforma compulsórias, a exclusivo juízo do Governo, de funcionários civis e militares); b) a extinção do Tribunal de Segurança Nacional; c) a revogação do estado de emergência; d) a extinção do Conselho de Economia Nacional; e) a abolição da regra que permitia o esvaziamento da efetividade das decisões do STF em controle de constitucionalidade (art. 96, parágrafo único).

A Lei Constitucional nº 13/1945, atribuiu poderes constituintes ao Parlamento que seria eleito em 02.12.1945 para a elaboração da nova Constituição do Brasil.

A Assembleia Constituinte foi instalada em 1º.02.1946, vindo o texto a ser promulgado em 18.09.1946.

Tratava-se da redemocratização do País, repudiando-se o Estado totalitário que vigia desde 1930.

O texto inspirou-se nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934. Na ordem econômica, procurou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.

• Forma de Governo Republicana e Forma de Estado Federativa: nos termos do art. 1º, os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Prestigiam o municipalismo.

• Capital da União: o Distrito Federal continuou como a Capital da União e na área geográfica do antigo Município Neutro (a cidade do Rio de Janeiro).

Cabe lembrar, contudo, a previsão do art. 4º, do ADCT: a Capital da União será transferida para o planalto central do País. Promulgado este Ato, o Presidente da República, dentro em 60 dias, nomeará uma Comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova Capital. O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em Lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital. Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara.

Como se sabe, cumprindo o “Plano de Metas” (“50 anos em 5”), Juscelino Kubitschek, além de suas importantes realizações econômicas, implementa a construção de Brasília,

inaugurada em 21 de abril de 1960. Nessa data, conforme mandamento estabelecido na Constituição, o então Distrito Federal é transformado no Estado da Guanabara, com os mesmos limites geográficos, tendo por capital e sede do Governo a cidade do Rio de Janeiro (cf. Lei nº 3.752/1960, conhecida como Lei San Tiago Dantas, deputado federal encarregado de elaborar o projeto de criação do novo Estado, que ditou normas para a convocação da Assembleia Constituinte).

A título de curiosidade, o Estado da Guanabara não foi dividido em municípios, decisão essa que encontrou apoio popular no plebiscito realizado em 21 de abril de 1963, além de ter curta duração (1960-1975). Por força do art. 8º da LC nº 20/1974, a partir de 15.03.1975, os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara passaram a constituir um único Estado (fusão), sob a denominação de Estado do Rio de Janeiro, sendo a cidade do Rio de Janeiro a Capital.

• Inexistência de religião oficial: continuou o País leigo, muito embora a expressa menção a "Deus" no preâmbulo.

• Organização dos "Poderes": a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu foi restabelecida.

• Poder Legislativo: consoante previa o art. 37, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, reaparecendo o bicameralismo igual.

A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios, para mandato de 4 anos.

O Senado Federal, por sua vez, compunha-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário e para mandato de 8 anos. Cada Estado, e bem assim o Distrito Federal, elegia 3 Senadores, renovando-se a representação de cada Estado e a do Distrito Federal de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1/3 e por 2/3.

Nos termos do art. 61, as funções de Presidente do Senado Federal eram exercidas pelo Vice-Presidente da República.

Nos termos do art. 141, § 13, constitucionalizaram-se os Partidos Políticos, sendo vedada a organização, o registro ou o seu funcionamento nas hipóteses em que o programa ou a ação contrariassem o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

• Poder Executivo: retomando a normalidade democrática, o Presidente da República deveria ser eleito de forma direta para mandato de 5 anos, junto com o vice, que, como visto, acumulava a função de Presidente do Senado Federal.

• Poder Judiciário: foi retomada a situação de normalidade.

O Poder Judiciário era exercido pelos seguintes órgãos: a) Supremo Tribunal Federal; b) Tribunal Federal de Recursos; c) Juízes e Tribunais militares; d) Juízes e Tribunais eleitorais; e) Juízes e Tribunais do trabalho.

• Declaração de direitos: o mandado de segurança e a ação popular foram restabelecidos no texto constitucional.

O art. 141, § 4º, consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que "a Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Conforme referido, passa-se, pela primeira vez, a prever regras para os partidos políticos (art. 141, § 13).

Pelo art. 141, § 31, vedou-se, caracterizando o cunho humanitário, a pena de morte (salvo as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro), a de banimento, a de confisco e a de caráter perpétuo.

Nos termos do art. 158, foi reconhecido o direito de greve. As várias garantias dos trabalhadores já conquistadas durante o "Estado Novo" foram mantidas, marcando importante "degrau" na evolução social do País.

• Instituição do parlamentarismo: perdendo o apoio político, tanto do centro como da direita, o Presidente Jânio Quadros renunciou em 25 de agosto de 1961, encaminhando carta ao Congresso Nacional pela qual afirmava que teria sido pressionado por "forças ocultas terríveis".

O Vice-Presidente João Goulart (Jango) estava na China e, assim, as Forças Armadas tentaram impedir o seu retorno, tendo em vista o receio com suas ligações comunistas.

Não aceitando o inconstitucional afastamento de Jango, o Congresso Nacional, tentando ser conservador, aprovou, em 02.09.1961, o regime parlamentarista (que também já havia sido experimentado durante o Império).

A grande novidade era a dualidade do Executivo, exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a estes a responsabilidade política do Governo. Conforme o art. 3º, I, da EC nº 4/1961, o Presidente da República nomeava o Primeiro-Ministro, que, por sua vez, escolhia os demais Ministros a serem nomeados pelo Presidente da República.

Feito o referendo, em 06.01.1963, o povo determinou o retorno imediato ao presidencialismo, conforme já estudado no item 17.1.2.1, que remanesceria até a Revolução Militar de 1964.

2.6.8 Golpe Militar de 1964

Jango foi derrubado por um movimento militar que eclodiu em 31.03.1964, tendo sido acusado de estar a serviço do "comunismo internacional". Instalava-se, assim, uma nova "ordem revolucionária" no País.

O General Costa e Silva, o Brigadeiro Francisco Correia de Melo e o Almirante Augusto Rademaker, militares vitoriosos, constituíram o chamado Supremo Comando da Revolução e, em 09.04.1964, baixaram o Ato Institucional nº 1, de autoria de Francisco Campos (o mesmo que elaborou a Carta de 1937), com muitas restrições à democracia: a) o Comando da Revolução poderia decretar o estado de sítio (art. 6º); b) conferia-se o poder de aposentar civis ou militares (art. 7º); c) sem as limitações previstas na Constituição estabelecia-se a possibilidade de suspender direitos políticos pelo prazo de 10 anos, cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos etc. (art. 10).

O AI 2/1965, após ter estabelecido eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente da República, foi seguido pelo de nº 3, que também as estabeleceu em âmbito estadual.

O Congresso Nacional foi fechado em 1966, sendo reaberto, posteriormente, nos termos do AI 4/1966 para aprovar a Constituição de 1967.

Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido "promulgado", já que votado nos termos do art. 1º, § 1º, do AI 4/1966. Contudo, em razão do "autoritarismo" implantado pelo Comando Militar da Revolução, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi outorgado unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e "promulgado") pelo regime ditatorial militar implantado.

Em conclusão, pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares,[109] com o objetivo de consolidar a "Revolução Vitoriosa", que buscava combater e "drenar o bolsão comunista" que assolava o Brasil.

2.6.9 Constituição de 1967

Na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Houve forte preocupação com a segurança nacional. Algumas características podem ser destacadas:

• Forma de Governo: República.

• Forma de Estado: muito embora o art. 1º estabelecesse ser o Brasil uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do

[109] O Texto de 1946 sofreu 21 emendas constitucionais, 4 Atos Institucionais e 37 Atos Complementares.

Distrito Federal e dos Territórios, na prática, o que se percebeu foi um duro "golpe" no federalismo, mais se aproximando de um Estado unitário centralizado do que federativo.

• Capital da União: nos termos do art. 2º, o Distrito Federal permaneceu como a Capital da União, lembrando que os Poderes da República já haviam sido transferidos para Brasília, no Planalto Central do País, inaugurada em 21 de abril de 1960.

• Inexistência de religião oficial: continuou o Brasil a ser um país leigo, embora houvesse a expressa menção a "Deus" no preâmbulo.

• Organização dos "Poderes": a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu foi formalmente mantida. Anota Celso Bastos, acertadamente, que, apesar da previsão da tripartição de Poderes, "... no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário...".[110]

• Poder Legislativo: a teor do art. 29, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Câmara dos Deputados era formada por representantes do povo, eleitos por voto direto e secreto, em cada Estado e Território e para mandato de 4 anos. O Senado Federal compunha-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. Cada Estado elegia 3 Senadores, com mandato de 8 anos, renovando-se a representação de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1/3 e por 2/3.

Na prática, contudo, como visto, o Legislativo teve a sua competência diminuída.

Além disso fortaleceu-se a representação dos Deputados nos Estados menores: "o número de Deputados será fixado em lei, em proporção que não exceda de um para cada trezentos mil habitantes, até vinte e cinco Deputados, e, além desse limite, um para cada milhão de habitantes" (art. 41, § 2º).

• Poder Executivo: fortalecido, era eleito para mandato de 4 anos, de maneira indireta por sufrágio do Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em sessão pública e mediante votação nominal.

O Presidente da República legislava por decretos-leis, que poderiam ser editados em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resultassem em aumento de despesa sobre as seguintes matérias: a) segurança nacional; b) finanças públicas.

O art. 58, parágrafo único, previa a criticada aprovação por decurso de prazo do decreto-lei, já que, publicado o texto, que tinha vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovava

---

110 BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

ou o rejeitava, dentro de 60 dias, não podendo emendá-lo. Se, porém, nesse prazo não houvesse deliberação, o texto seria tido como aprovado.

Nos termos do art. 60, estrategicamente, estabeleceu-se a iniciativa exclusiva do Presidente da República para certas matérias, ou seja, só ele poderia deflagrar (dar início) o processo legislativo.

• Poder Judiciário: o Poder Judiciário da União era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal; Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho. Havia previsão da Justiça Estadual. Em razão do centralismo, o Judiciário também teve a sua competência diminuída.

• Declaração de direitos: havia exagerada possibilidade de suspensão de direitos políticos por 10 anos (art. 151).

Houve a previsão de se tornar perdida a propriedade para fins de reforma agrária, mediante o pagamento de indenização com títulos da dívida pública.

Os direitos dos trabalhadores foram definidos com maior eficácia.

• Sistema tributário: conforme anota Celso Bastos, "... o Sistema Tributário Nacional, que há pouco sofrera uma modificação, por meio da Emenda Constitucional nº 18 à Constituição de 1946, foi em princípio mantido. Contudo, a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, acabou por permitir uma série de participações de uma entidade na receita da outra, com acentuada centralização. Quanto à matéria orçamentária aparecem o orçamento-programa, os programas plurianuais de investimento, além da própria atualização do sistema orçamentário".[111]

• AI-5/1968: o AI-5, o famigerado e mais violento ato baixado pela ditadura, perduraria até a sua revogação pela EC nº 11/1978, fixando as seguintes "atrocidades",[112] nos termos de sua ementa:

• formalmente, foram mantidas a Constituição de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI-5;

• o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;

• o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;

---

[111] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.* (grifamos).

[112] Como anota Bastos, "o AI-5 marca-se por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente" (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*).

• os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;

• ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;

• o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;

• o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;

• suspendeu-se a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10);

• finalmente, a triste previsão do art. 11: "excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos".

No mesmo dia em que o AI-5 foi baixado por Costa e Silva, o Congresso Nacional foi fechado, nos termos do Ato Complementar nº 38/1968, situação essa que perdurou por mais de 10 meses.

2.6.10 "Constituição" de 1969 – EC nº 1/1969

A EC nº 1/1969 não foi subscrita pelo Presidente da República Costa e Silva (15.03.1967 a 31.08.1969), impossibilitado de governar por sérios problemas de saúde, nem, "estranhamente", pelo Vice-Presidente Pedro Aleixo, um civil.

Com base no AI 12/1969, consagrou-se no Brasil um governo de "Juntas Militares", uma vez que referido ato permitia que, enquanto Costa e Silva estivesse afastado por motivos de saúde, governassem os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Nesse sentido, e com "suposto" fundamento, é que a EC nº 1/1969 foi baixada pelos Militares, já que o Congresso Nacional estava fechado.[113]

Sem dúvida, dado o seu caráter revolucionário, podemos considerar a EC nº 1/1969 como a manifestação de um novo poder constituinte originário, outorgando uma nova Carta, que "constitucionalizava" a utilização dos Atos Institucionais. Nos termos de seu art. 182,

[113] Pedimos vênia para reproduzir os "considerandos", da EC nº 1/1969, que, sinistramente, buscava justificar o ato autoritário baixado pela Junta Militar: "Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do AI-16/1969, combinado com o art. 2º, § 1º do AI-5/1968, e considerando que, nos termos do Ato Complementar nº 38/1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; considerando que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no art. 2º, § 1º do AI-5/1968; considerando que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (art. 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal; (...), promulgam a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967: Art. 1º A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação...".

manteve em vigor o AI-5 e todos os demais atos baixados. O mandato do Presidente foi aumentado para 5 anos, continuando a eleição a ser indireta.

Durante o governo do General Emílio Médici (30.10.1969 a 15.03.1974), o País experimentou o denominado "milagre econômico",[114] que trouxe uma pequena ilusão de pontos positivos ao novo regime (extremamente duro e autoritário, deixe-se bem claro).

Logo em seguida, do ponto de vista econômico, o governo de Ernesto Geisel (15.03.1974 a 15.03.1979) foi marcado por forte inflação e grave crise econômica (sobretudo em razão do petróleo). O governo perdia força e temia a oposição, especialmente após a derrota nas eleições legislativas de novembro de 1974.

Nesse contexto, o governo baixou a Lei Falcão (Lei nº 6.339/1976, assim apelidada já que Armando Ribeiro Falcão era o Ministro da Justiça que referendava o ato), reduzindo a propaganda política e, portanto, prejudicando a oposição.

O Presidente Geisel baixou, também, o Pacote de Abril de 1977, dissolvendo o Congresso Nacional e editando 14 emendas e 6 decretos, destacando-se as seguintes medidas:

• redução do *quorum* para aprovação de Emenda Constitucional de 2/3 para maioria absoluta, flexibilizando, assim, a teórica rigidez constitucional;

• estabelecimento da avocatória, conforme o previsto no art. 119, I, "o", da EC nº 1/1969, introduzido pela EC nº 7/1977: "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido";[115]

• um terço dos Senadores passou a ser "eleito" pelas Assembleias Legislativas, ou melhor, pelo Colégio Eleitoral estadual, nos termos do art. 41, § 2º, na redação conferida pela EC nº 8/1977. Como a ARENA (partido governamental) detinha a maioria (com a exceção do Estado da Guanabara, no qual saiu vitorioso o MDB), na prática se presenciou uma esquisita

---

[114] Esse momento faz surgir no País o ufanismo (orgulho exacerbado pelo Brasil; patriotismo excessivo), percebido em frases como: "Brasil, ame-o ou deixe-o".

[115] Sobre o assunto, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* A avocatória não foi mantida no texto de 1988, devendo eventual pedido feito antes do advento, da CF/1988 ser julgado prejudicado. Nesse sentido, cf. PAv-QO 16/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 1988, Plenário, DJ de 1988. "Avocação de causas a requerimento da Procuradoria-Geral da República. Pedido fundado no art. 119, I, "o" da CF/1967, c/ a redação das Emendas 1/1969 e 7/1977. Liminar deferida pelo presidente do STF e prorrogada pelo relator. Superveniência da CF/1988, que não previu o instituto da avocatória para o STF ou para qualquer outro tribunal. Extinção do instituto político-processual. Pedido que se julga prejudicado, em questão de ordem, com revogação da medida liminar". Também, como anota Gilmar Ferreira Mendes, a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela EC nº 3/1993 à CF/1988, não deve ser confundida com a avocatória do regime totalitário. Isso porque "... a) a competência do STF será originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição serão "jurídicos" e não meramente "políticos"; c) não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada" (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Ação declaratória de constitucionalidade*.).

"nomeação" dos Senadores (já que a ARENA detinha a maioria nos Estados), que, ironicamente, foram apelidados pela população de Senadores biônicos;

• aumento do mandato do Presidente da República de 5 (EC nº 1/1969) para 6 anos (EC nº 8/1977);

• manutenção da regra da proporcionalidade para a eleição de Deputados o que beneficiava os Estados menores, nos quais, supostamente, o governo teria maior controle.

Em seguida, tivemos o pacote de junho de 1978, destacando-se:

• a revogação total ao AI-5;

• a suspensão das medidas que, com base no AI-5, cassaram direitos políticos;

• a previsão de impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República, eliminando, assim, alguns poderes presidenciais.

Era o início de um processo de redemocratização[116] que viria a ganhar força durante a presidência de João Figueiredo (15.03.1979 a 15.03.1985 – mandato de 6 anos, conforme a EC nº 8/1977), que por sua vez teve a missão de pôr fim ao governo militar.

• Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979): foi concedida a anistia para todos que, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Nesse particular, cabe destacar que o STF, em 29.04.2010, no julgamento da ADPF 153, rejeitou o pedido de revisão da referida "Lei da Anistia" (cf. discussão sobre este assunto e a punição do Brasil pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos no item 21.4.2).

• Reforma Partidária – Lei nº 6.767/1979: ao modificar dispositivos, da Lei nº 5.682/1971 (LOPP – Lei Orgânica dos Partidos Políticos), a teor do art. 152 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 11/1978, trouxe a importante novidade de pôr fim ao bipartidarismo (ARENA x MDB), regulamentando o pluripartidarismo partidário. A ARENA passou a chamar-se PDS (Partido Democrático Social), e do MDB estabeleceram-se cinco partidos novos: PMDB, PP, PT, PDT e PTB.

• EC nº 15/1980 – eleições diretas em âmbito estadual: em 1982, tivemos importante marco histórico, qual seja, a eleição direta para Governadores de Estado em razão da alteração trazida pela EC nº 15/1980. O PDS ganhou em 12 Estados, o PMDB, em 10, e o PDT, em 1.

---

[116] Como anota Celso Bastos, "mantêm-se, todavia, a Lei de segurança nacional (Lei nº 6.620, de 1978, acrescente-se), os "biônicos" e a Lei Falcão. Sem embargo, não se concede a reclamada anistia geral. De outra parte, fica autorizada a decretação de estado de emergência e das medidas de emergência" (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

• "Diretas Já": em 18.04.1983, o então Deputado Federal Dante de Oliveira apresentou a PEC nº 5/1983, propondo eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República. A PEC ganhou o apoio popular e se transformou no importante movimento que ficou conhecido como "Diretas Já". Apesar da pressão da sociedade civil, em 25.04.1984, a denominada "PEC Dante de Oliveira" foi rejeitada. Diante dessa situação, o Colégio Eleitoral acabou elegendo, em 15.01.1985, embora pelo voto indireto, pela primeira vez, após mais de 20 anos de ditadura militar, um civil – o que caracterizou o fim do regime militar –, Tancredo Neves, mineiro de São João Del Rei, que prometeu estabelecer a "Nova República", democrática e social.

Sua posse estava marcada para o dia 15.02.1985, mas Tancredo Neves adoeceu gravemente na véspera, não tomou posse e veio a falecer, para tristeza e comoção do País, no dia 21.04.1985. José Ribamar Ferreira de Araújo Costa – José Sarney (15.03.1985 a 15.03.1990), o Vice-Presidente, assumiu a presidência com importante particularidade: era o primeiro governo civil após o movimento militar de 1964.

Embora não tenha tomado posse em razão de sua enfermidade, a Lei nº 7.465/1986 incluiu o nome de Tancredo Neves na "galeria dos que foram ungidos pela Nação brasileira para a Suprema Magistratura", ou seja, na galeria dos ex-Presidentes da República.[117]

Na medida em que Tancredo Neves sempre cogitou da elaboração de uma "Comissão de Notáveis" para elaborar um anteprojeto de Constituição, José Sarney, o novo Presidente, considerando o compromisso assumido pela Aliança Democrática perante a Nação, instituiu, pelo Decreto nº 91.450/1985, junto à Presidência da República, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros de livre escolha do Chefe do Executivo e com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação brasileira, para futura colaboração com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Essa Comissão, conhecida por Comissão Afonso Arinos, nome de seu presidente, entregou um anteprojeto de Constituição em 18.09.1986, que foi publicado no DOU de 26.09.1986, com 436 artigos no corpo e 32 nas Disposições Gerais e Transitórias.

O texto final elaborado pela Comissão Afonso Arinos, todavia, foi rejeitado por José Sarney, tendo em vista, entre outras razões, ter optado pelo sistema parlamentarista, o que diminuiria os poderes do Presidente.

---

[117] Nesse sentido, destacamos a Lei nº 12.486/2011, que também inclui o nome do cidadão Pedro Aleixo na "galeria dos que foram ungidos pela Nação Brasileira para a Suprema Magistratura". Lembrando a história, estando o Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, temporariamente impossibilitado do exercício de suas funções por motivo de saúde, a Junta Militar trina editou o famigerado AI 12/1969, estabelecendo que enquanto durasse o afastamento temporário do Presidente da República, pelo referido motivo de saúde, as suas funções seriam exercidas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, impedindo, assim, e contrariando a Constituição, que o Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo, assumisse o cargo. Em seguida, o AI 16/1969, declarou a vacância em definitivo dos cargos e fixou data para eleições e posse de Presidente e Vice-Presidente da República, permanecendo, nesse período, o exercício da Presidência da República com os Ministros militares.

Em seguida, buscando cumprir o mandamento, da EC nº 26/1985,[118] que determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, finalmente ela foi instalada, mesmo sem partir de um projeto previamente elaborado, em 1º.02.1987, sob a presidência do Ministro do STF José Carlos Moreira Alves.

Como anota Barroso, "além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos. A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo".[119]

Depois de tanto trabalho e dificuldades, como se sabe, a Constituição de 1988 foi promulgada em 5 de outubro, redemocratizando o País, com importantes avanços.

Trata-se da denominada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Constituição Cidadã, tendo em vista a ampla participação popular durante a sua elaboração e a constante busca de efetivação da cidadania.

2.6.11 Constituição de 1988

Durante o governo Sarney, o pluripartidarismo foi ampliado, legalizando-se partidos como o PCB e o PC do B, surgindo novos como o PSDB (dissidência de membros do PMDB) e o PL (Partido Liberal), formado por ideais neoliberais do empresariado. Outro avanço foi a erradicação da "famigerada" censura à imprensa, que assolou o País durante o governo militar. O sindicalismo e grandes centrais (CUT e CGT) consolidaram-se.

Era a solidificação da transição entre o antigo regime e a "Nova República". Em 1989, depois de 25 anos de regime de exceção, o povo elegia, pelo voto direto, em dois turnos, Fernando Collor de Mello (15.03.1990 a 29.12.1992). Tendo em vista os vários escândalos de corrupção, em 02.10.1992, a Câmara dos Deputados autoriza a abertura do processo de

---

[118] Segundo José Afonso da Silva, "em verdade, a EC nº 26/1985, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convoca a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituirá a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de Emenda Constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.).

[119] BARROSO, Luís Roberto: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*.

impeachment. Em 29.12.1992, Collor renuncia ao mandato e os Senadores aprovam sua inabilitação política por 8 anos.

O Vice-Presidente de Collor, Itamar Franco (29.12.1992 a 1º.01.1995), assume de modo definitivo a Presidência da República, em razão da vaga do cargo.

Em seguida, tivemos a eleição direta do sociólogo Fernando Henrique Cardoso (1º.01.1995 a 1º.01.1999) para mandato de 4 anos (mandato reduzido de 5 anos – redação original do texto de 1988 – para 4 anos, por força, da EC nº de Revisão nº 5/1994). Durante o seu mandato, foi aprovada a EC nº 16/1997, que, mantendo o mandato de 4 anos, permitiu uma única reeleição subsequente.

Com fundamento na nova redação conferida aos art. 14, § 5º e art. 82, Fernando Henrique se torna o primeiro presidente da história da República reeleito para um período subsequente (1º.01.1999 a 1º.01.2003).

Posteriormente, e também de forma democrática pelo voto direto, o povo elege o metalúrgico de Garanhuns-PE, Luiz Inácio Lula da Silva, que exerceu seu primeiro mandato de 1º.01.2003 a 1º.01.2007. Lula foi reeleito em outubro de 2006 (em 2º turno, com 60,83% dos votos válidos, em disputa com Geraldo Alckmin), assumindo o novo mandato em 1º.01.2007 e permanecendo até 1º.01.2011, quando o Executivo Federal passou a ter por Chefe Dilma Vana Rousseff, a primeira mulher em toda a história da nossa República, reeleita (em segundo turno, com 51,64% dos votos válidos) junto com o Vice-Presidente da República, Michel Temer, para o seu segundo mandato, que se iniciou em 1º.01.2015. Suspensa de suas funções em 12.05.2016, em razão da instauração do processo de impeachment, o Senado Federal, em 31.08.2016, por 61 x 20 (total de 81 Senadores da República), julgou procedente a Denúncia nº 1/2016 por crimes de responsabilidade, impondo a Dilma Rousseff a sanção de perda do cargo. Em razão da vaga definitiva decorrente da condenação, na referida data, Michel Temer tomou posse no cargo de Presidente da República, cumprindo o mandato até 1º.01.2019, quando assumiu Jair Messias Bolsonaro, eleito em outubro de 2018 com 57.797.847 dos votos, ou seja, 55,13% do eleitorado brasileiro.

• Plebiscito: conforme já indicamos, tivemos o primeiro plebiscito no Brasil, com data inicial prevista para 7 de setembro de 1993 (art. 2º, do ADCT), antecipada para 21 de abril de 1993 pela EC nº 2/1992. O resultado todos já conhecem, qual seja, a manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo.

Ainda, nos termos do art. 3º, do ADCT, que fixava a manifestação do poder constituinte derivado revisor após 5 anos contados da promulgação do texto, em 07.10.1993 foi instalada a sessão inaugural dos trabalhos de “revisão constitucional”.

Após 237 dias de trabalho, tendo recebido cerca de 30.000 propostas, foram elaborados 74 projetos de Emenda de Revisão, dos quais apenas 6 foram aprovados como EC nº de Revisão.

Além das citadas Emendas de Revisão (poder constituinte derivado revisor), o texto original já foi alterado105 vezes[120] (poder constituinte derivado reformador), sofrendo profundas modificações, tendo sido constantemente interpretadas as suas normas e preceitos pelo STF.

No preâmbulo, da CF/1988 foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias:

• o exercício dos direitos sociais e individuais;

• a liberdade;

• a segurança;

• o bem-estar;

• o desenvolvimento;

• a igualdade;

• a justiça.

Sendo democrática e liberal, a Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição portuguesa de 1976, foi a que apresentou maior legitimidade popular, podendo ser destacadas as seguintes características:

• Forma de Governo: República, confirmada pelo plebiscito do art. 2º, do ADCT.

• Sistema de Governo: presidencialista, confirmado pelo plebiscito do art. 2º, do ADCT.

• Forma de Estado: Federação. Percebe-se sensível ampliação da autonomia administrativa e financeira dos Estados da Federação, bem como do Distrito Federal e Municípios. Inegavelmente, contudo, a União continua fortalecida, caracterizando-se o texto como centralizador.

Foi criado o Estado de Tocantins (art. 13, do ADCT), e os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados (art. 14, do ADCT). O Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, e sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15, do ADCT).

• Capital Federal: nos termos do art. 18, § 1º, Brasília é a Capital Federal. Assim, o Distrito Federal, ainda localizado no Planalto Central do Brasil, deixa de ser simples autarquia territorial e passa a ser considerado ente federativo, com autonomia político-

[120] Prezado leitor, no momento, da Leitura, conferir se há alguma emenda nova.

constitucional, apesar de parcialmente tutelada pela União, como será estudado no item 7.7.3.

• Inexistência de religião oficial: o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional, muito embora haja a previsão de "Deus" no preâmbulo.

• Organização dos "Poderes": foi retomada a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu. Diferentemente do regime anterior, buscou-se um maior equilíbrio, especialmente pela técnica dos "freios e contrapesos", abrandando a supremacia do Executivo, que imperava.

• Poder Legislativo: bicameral, exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a primeira composta de representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto e universal e pelo sistema proporcional para mandato de 4 anos, e a segunda composta de representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal, para mandato de 8 anos (duas legislaturas), eleitos pelo sistema majoritário, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1/3 e 2/3.

• Poder Executivo: exercido pelo Presidente da República, eleito junto com o Vice e auxiliado pelos Ministros de Estado. Atualmente, após a EC nº 16/1997, como visto, o mandato é de 4 anos, permitindo-se uma única reeleição subsequente. O DLfoi substituído pela medida provisória.

• Poder Judiciário: nos termos do art. 92, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça (EC nº 45/2004); o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho (EC nº 92/2016); os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Em relação ao controle de constitucionalidade das leis, tema que será estudado, houve ampliação dos legitimados para a propositura da ADI.

A CF/1988 criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Corte responsável pela uniformização da interpretação, da Lei Federal em todo o Brasil, sendo órgão de convergência da Justiça comum. Nesse sentido, o STF passou a cuidar de temas predominantemente constitucionais.

A EC nº 45/2004, Reforma do Poder Judiciário, trouxe importantes modificações.

• Constituição rígida: existe um processo de alteração mais árduo, mais solene e mais dificultoso que o processo de alteração das demais espécies normativas, daí a rigidez constitucional.

• Declaração de direitos:

• os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos estão consolidados no texto, consagrando direitos fundamentais de maneira inédita, por exemplo, ter tornado o racismo e a tortura (que já havia sido abolida – art. 179, XIX, da Constituição de 1824) crimes inafiançáveis;

• os direitos dos trabalhadores foram ampliados;

• pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado), temas a serem estudados;

• introduziu-se a ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental, tema a ser desenvolvido no capítulo sobre o controle de constitucionalidade;

• outros remédios também foram previstos pela primeira vez no texto, quais sejam, o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*;

• há previsão específica, pela primeira vez, de um capítulo sobre o "meio ambiente" (art. 225);

• nesse sentido, destacam-se, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 127, caput, e art. 129, III). Lembramos que, de acordo com o art. 129, § 1º, a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei;[121]

• outra relevante função institucional do MP é a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V);

• importante previsão da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Por força das alterações promovidas pela Lei nº 11.448/2007 e pela LC nº 132/2009 (consagradas na EC nº 80/2014), a Defensoria tornou-se parte legítima para a propositura de ação civil pública, atribuição esta reconhecida como constitucional pelo pleno do STF no julgamento da ADI 3.943/2015, (cf. item 12.5.10.10).

• Separação da Ordem Econômica e da Ordem Social: a primeira Constituição brasileira a separar a ordem econômica da ordem social foi a de 1988.

A ordem econômica recebeu tratamento sistemático, pioneiramente, na Constituição do México de 1917. No Brasil, sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919, a primeira a tratar da ordem econômica e da ordem social em título único (Título IV) foi a de 1934.

---

[121] Cf. LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*.

A Constituição de 1937, embora mantendo as matérias sobre a ordem econômica e social, aboliu a utilização de títulos e passou a destacar, de modo simplificado, a ordem econômica.

As Constituições de 1946, 1967 e a EC nº 1/1969 seguiram a mesma estrutura da de 1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título.

A Constituição de 1988, conforme visto, inova e passa a tratar da ordem social em título próprio, desvinculando-a da ordem econômica que, por sua vez, recebe matérias sobre o sistema financeiro nacional (Título VII). Alguns temas da ordem social que eram assegurados nas Constituições anteriores, como os direitos dos trabalhadores, foram deslocados para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais (direitos sociais).

3 HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO X REFORMA. REGRAS X PRINCÍPIOS. "DERROTABILIDADE". POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

Sumário: 3.1 Mutações constitucionais versus reformas constitucionais. 3.2 Regras e princípios. 3.3 Derrotabilidade (defeasibility). 3.4 Normas de segundo grau: postulados normativos. 3.5 Métodos de interpretação. 3.6 Princípios da interpretação constitucional. 3.7 Limites da interpretação constitucional. 3.8 Teoria dos poderes implícitos. 3.9 Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. 3.10 Estrutura da Constituição.

3.1 Mutações constitucionais versus reformas constitucionais

Neste tópico restringiremos a apresentação a alguns aspectos pontuais, sem, contudo, aprofundar a matéria.[1] As Constituições devem ser interpretadas, função essa atribuída ao exegeta, que buscará o real significado dos termos constitucionais.

Tal função é extremamente importante, na medida em que a Constituição dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico (Kelsen). Assim, devemos decifrar o seu verdadeiro alcance, a fim de sabermos, por consequência, a abrangência de uma norma infraconstitucional.[2]

O hermeneuta, dessa forma, levando em consideração a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, definirá o verdadeiro significado do texto constitucional.

---

[1] O tema da hermenêutica ganha importância para os concursos públicos. Remetemos, por esse motivo e em razão da especificidade da matéria, o nosso ilustre leitor para as obras monográficas, destacando-se: ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*; BARROSO, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição.* SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Interpretação constitucional.* e, do mesmo autor, *A constitucionalização do direito*. BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*, várias passagens; COELHO, Inocêncio Mártires: *Interpretação constitucional.* STRECK, Lenio Luiz: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*; idem *Jurisdição constitucional e hermenêutica.* SAMPAIO, José Adércio Leite: *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade.*; P. HÄBERLE, Peter: H*ermenêutica constitucional*; HESSE, Konrad: *A força normativa da Constituição.* DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*. ALEXY, Robert; SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Teoria dos direitos fundamentais*. clássicos como MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*, dentre vários outros trabalhos importantes.

[2] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior observam que "a norma constitucional é autolegitimante, ou seja, colocando-se no vértice superior da pirâmide, é o polo irradiador de legitimação no interior do sistema jurídico. Se serve de anteparo para as normas infraordenadas, não tem assento em qualquer disposição normativa, pois que sobre si nada encontra" (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*.).

Como regra fundamental, lembramos que, onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar (vide, por exemplo, o art. 18, § 1º, da CF/1988, que aponta, como Capital Federal, Brasília – não cabendo qualquer trabalho hermenêutico).

A interpretação deverá levar em consideração todo o sistema. Em caso de antinomia de normas, buscar-se-á a solução do aparente conflito através de uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais.

Colocadas essas premissas, o sentido da Constituição interpretada pode mostrar-se inadequado. Nessas circunstâncias, dentro dos limites colocados pelo Constituinte originário, poderão ser observadas alterações tanto do ponto de vista formal (reforma constitucional) como do informal (mutações constitucionais).

Reforma constitucional seria a modificação do texto constitucional, mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original.[3]

As mutações, por seu turno, não seriam alterações "físicas", "palpáveis", materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Buscando a sua origem na doutrina alemã, Uadi Lammêgo Bulos denomina mutação constitucional "... o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais".[4]

Barroso, por sua vez, afirma que "... a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção

---

[3] Na medida em que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, EC nº 45/2004), podemos pensar nessa nova modalidade de "reforma".

[4] O autor, em interessante compilação, lembra as diversas denominações terminológicas atribuídas ao fenômeno das mudanças informais das constituições ou meios difusos de modificação constitucional: vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa (stillen Verfassungswandlungen), transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, mutação constitucional, mudanças informais etc. (BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.).

do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular".[5]

Damos um exemplo, valendo-nos do Código Penal brasileiro, apenas para ilustrar: antes do advento, da Lei nº 11.106/2005, os art. 215, art. 216 e art. 219 do CP traziam a expressão "mulher honesta". Quando falamos que essa expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o art. em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de "mulher honesta", ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. "Mulher honesta" no começo do século XX tinha determinado significado, diverso do que adquire a "mulher honesta" dos dias atuais. "Mulher honesta" em uma cidade talvez tenha um significado diverso do que adquire em cidade de outra localidade.

Como visto, essa evolução da sociedade, que vinha sendo percebida pelo Judiciário, sensibilizou o legislador, que revogou por meio, da Lei nº 11.106/2005 diversos dispositivos do CP, como os citados, que faziam menção à figura da "mulher honesta".

Outro exemplo, agora de mutação constitucional, citado por Olavo Alves Ferreira, foi o cancelamento da Súmula 394 do STF, modificando o entendimento sobre o foro por prerrogativa de função.[6]

Ainda, podemos lembrar a mudança de entendimento pelo STF sobre a competência para julgar HC impetrado em face de decisão de turma recursal, determinando a competência do TJ. Vejamos:

"Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar *habeas corpus* contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto, da Lei fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito" (HC 86.009-QO, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2006, DJ de 2007).

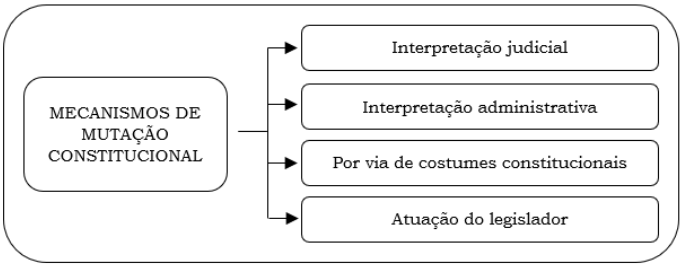
Podemos destacar diversas outras interpretações dadas pelo STF ao instituto da "quarentena de entrada" (art. 93, I), à vedação da progressão de regime prevista na Lei de Crimes Hediondos, à anencefalia, à competência trabalhista para julgar ações de indenização

---

[5] BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*
[6] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Controle de constitucionalidade e seus efeitos.*

decorrentes de acidente do trabalho, à união homoafetiva, ao não cabimento da prisão civil do depositário infiel (cf. HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2008, DJE de 2009) etc.

Sistematizando, a partir da doutrina clássica, Barroso[7] procurou identificar os mecanismos de mutação constitucional. Vejamos:



• interpretação judicial: em relação à interpretação judicial, podemos apontar os vários exemplos acima citados, sendo, assim, a evolução da jurisprudência da Corte, nos limites propostos, inegável exteriorização da mutação constitucional;

• interpretação administrativa: a evolução interpretativa poderá ser verificada, também, no âmbito administrativo. Como destaque, Barroso lembra a Res. nº 7/CNJ, que, reconhecendo novas perspectivas aos princípios da impessoalidade e da moralidade, deu novo e restritivo sentido ao nepotismo;

• por via de costumes constitucionais: o autor aduz não ser pacífica a existência de costumes em países de Constituição escrita e rígida.[8] Porém, admite que certas práticas reiteradas ensejaram mudanças no sentido interpretativo da Constituição. Como exemplo, menciona a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo negar a aplicação de Lei que de modo fundamentado considere inconstitucional. Lembra, ainda, o voto de liderança no Parlamento, sem a submissão da matéria ao Plenário. Outro exemplo, antes do advento, da EC nº 32/2001, destaca a reedição de medida provisória, desde que não houvesse expressa rejeição ou alteração do texto. Barroso evidencia, também, a evolução da interpretação em relação aos poderes da CPI, passando a Suprema Corte a admitir a quebra de sigilos bancários e fiscais;

• atuação do legislador: verifica-se a mutação constitucional por atuação do legislador quando, por ato normativo primário, procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional. Como exemplo, depois de modificado o entendimento sobre a prerrogativa de foro pelo STF, que, inclusive, conforme visto, cancelou a Súmula 394, o Congresso Nacional procurou resgatar o sentido dessa súmula, nos termos, da Lei nº 10.628/2002. Cabe lembrar que o STF declarou inconstitucional referido ato normativo (cf. item 9.9.2.3). Para se ter um outro exemplo, agora de "reversão legislativa da jurisprudência da Corte" por emenda

[7] BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*
[8] Sobre o assunto, cf., ainda, SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular*

constitucional, lembramos, após o reconhecimento da inconstitucionalidade da vaquejada pelo STF, a aprovação, da EC nº 96/2017 (cf. item 19.8.7.4).[9]

Naturalmente, a mutação e a nova interpretação não poderão afrontar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de serem inconstitucionais.

3.2 Regras e princípios

A doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinção entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas e que, como referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição.

Canotilho refere-se ao sistema jurídico do Estado de direito democrático português como "um sistema normativo aberto de regras e princípios":

• sistema jurídico: "porque é um sistema dinâmico de normas";

• sistema aberto: "porque tem uma estrutura dialógica (Caliess) traduzida na disponibilidade e "capacidade de aprendizagem" das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da "verdade" e da "justiça"";

• sistema normativo: porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de normas;

• sistema de regras e de princípios: "pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras".[10]

Humberto Ávila, por sua vez, esclarece que "... um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder".[11]

---

[9] Sobre o tema da possibilidade de superação legislativa da jurisprudência da Corte, cf. itens 1.6.3 e 6.7.1.8.

[10] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

[11] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*

Segundo Ávila, a interpretação e a aplicação de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.[12]

Canotilho, no tocante à diferenciação, sistematiza a matéria, estabelecendo os seguintes critérios:[13]

• grau de abstração: "os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida";

• grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: "os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta";

• carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: "os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)";

• "proximidade" da ideia de direito: "os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (DWORKIN) ou na "ideia de direito" (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional";

• natureza normogenética: "os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante".

Barroso, avançando, identifica uma distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios.

Conforme anota, "... a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria".[14] E, em seguida, conclui:

• regras: relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se à conclusão. Diante do conflito

---

[12] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*.
[13] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*. (redação igual ao original).
[14] BARROSO, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição*.

entre regras, apenas uma prevalece dentro da ideia do tudo ou nada (all or nothing). A "... regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor" (ou seja, acrescente-se, critério hierárquico, da especialidade ou cronológico);

• princípios: a previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação dos princípios "não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato". Destaca-se, assim, a técnica da ponderação e do balanceamento, sendo, portanto, os princípios valorativos ou finalísticos.

Nessa linha, partindo da proposta de diferenciação formulada por Dworkin,[15] Robert Alexy dela se afasta e avança ao caracterizar os princípios como mandamentos ou mandados de otimização (sendo esta a sua principal contribuição à ideia inicial). Em suas palavras:

• regras: "... são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio";

• princípios: "... normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes".[16]

Cabe alertar que as teses sobre as distinções entre regras e princípios defendidas por Dworkin e Alexy não se confundem.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, "... não só as teses de ambos os autores não são idênticas – a própria ideia de otimização não está presente nas obras de Dworkin –, como também a possibilidade de única resposta correta é rejeitada expressamente pela teoria dos princípios na forma defendida por Alexy. O que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis – e de direitos – envolvidos

---

[15] Nesse sentido, cf. DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*.

[16] ALEXY, Robert; SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Teoria dos direitos fundamentais*. (grifamos). Cf., também, sobre a distinção entre regras e princípios, SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Princípios e regras;* Barroso, por seu turno, refere-se (na tradução do original do alemão) à expressão mandados de otimização (princípios) e mandados de definição (regras) (BARROSO, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição,* nota 23).

em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização".[17]

De modo geral, partindo das ideias expostas, podemos esquematizar as distinções essenciais entre regras e princípios:

REGRAS	PRINCÍPIOS
• dimensão da validade, especificidade e vigência	• dimensão da importância, peso e valor
• conflito entre regras (uma das regras em conflito ou será afastada pelo princípio da especialidade, ou será declarada inválida – cláusula de exceção, que também pode ser entendida como "declaração parcial de invalidade")	• colisão entre princípios (não haverá declaração de invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro)
• "tudo ou nada"	• ponderação, balanceamento, sopesamento entre princípios Colidentes
• mandamentos ou mandados de definição	• mandamentos ou mandados de otimização

Finalmente, correta a constatação de Barroso ao perceber que mais recentemente e avançando as ideias de Dworkin e os novos desenvolvimentos analíticos trazidos por Alexy, "... já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente, ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar...".[18]

Essa perspectiva de possibilidade de ponderação de regras, desenvolvida no item seguinte, contudo, tem sofrido críticas por parte da doutrina. Streck observa que, "em Alexy, a ponderação seria um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios (uma das máximas alexyanas é: "princípios se aplicam por ponderação; regras por subsunção")". Assim, indaga: "se a ponderação é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da "ponderação de regras"? Uma "regra" da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios, uma vez que deixa de ter razão de ser a distinção entre subsunção e ponderação? A tese faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do Direito".[19]

---

[17] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito*

[18] BARROSO, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição*. Nesse sentido, reconstruindo a distinção entre princípios e regras, por todos, ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*.

[19] STRECK, Lenio Luiz: *Dicionário de hermenêutica*, termo "ponderação".

3.3 Derrotabilidade (defeasibility)[20]

De modo geral, conforme estabelece Humberto Ávila, existem várias justificativas para a obediência às regras, destacando-se:[21]

• "eliminação da controvérsia e da incerteza, e dos custos morais a elas associados";

• eliminação ou redução da "... arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais";

• busca para "evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento". No tocante à coordenação, sem a regra, haveria o risco de cada indivíduo querer defender o seu ponto de vista. Em relação à deliberação, inexistindo solução predefinida em determinada regra, observar-se-ia um aumento de custos para soluções casuísticas e individuais. Finalmente, a falta de regra poderia produzir soluções por pessoas que não têm o conhecimento técnico de determinada matéria ou área.

Com isso, observa Ávila que "... as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais".[22]

Apesar dessa constatação, muitos autores, conforme já enunciado, começam a reconhecer a derrotabilidade (defeasibility) das regras, superando o modelo "tudo ou nada" de Dworkin.

A ideia de derrotabilidade (Ávila se refere a ela como superabilidade), historicamente, vem sendo atribuída a Hart, na seguinte passagem: "quando o estudante aprende que na Lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas", daí por que "o estudante tem ainda

---

[20] Para aprofundamento da matéria, cf. interessante estudo de VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Ainda, sob o aspecto de modelos lógicos ("refinamento de teorias"), cf. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque: *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*. (tese de doutorado FADUSP). Interessante, também, o debate entre Bayón e Rodríguez sobre a matéria: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Ainda, destacamos interessante estudo de BARCELLOS, Ana Paula de: *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Para a discussão no âmbito processual (derrotabilidade processual atrelada à ideia de ônus da prova), Vasconcellos destaca os estudos de Giovanni Sartor e Neil MacCormick (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*).

[21] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*

[22] *Ibidi*.

que aprender o que pode seguir as palavras "a menos que", as quais devem acompanhar a indicação dessas condições".[23]

Nesse sentido, Ávila, reconhecendo que as regras não são superáveis com facilidade,[24] propõe algumas condições necessárias, destacando-se:

• requisitos materiais (ou de conteúdo): a superação da regra pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra. E explica o autor: "... há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação";[25]

• requisitos procedimentais (ou de forma): a superação de uma regra deve ter a) justificativa condizente devendo haver a "... demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige". E, ainda, a "... demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica". Em outras palavras, a justiça individual não poderá afetar substancialmente a justiça geral; b) fundamentação condizente – as razões de superação da regra devem ser exteriorizadas, para que, assim, possam ser controladas. "A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada"; c) comprovação condizente – "... não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de provas adequados, como documentos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra".

Analisando os requisitos propostos por Ávila para a eventual superação das regras, concordamos com a crítica apontada por Vasconcellos, no tocante aos requisitos materiais, no sentido de que se poderia pensar em certa "universalização/generalização das decisões baseadas na derrotabilidade", e não que essa generalização pudesse gerar a sugerida insegurança.

Conforme aponta Vasconcellos, "... o requisito material mais importante da derrotabilidade é a coerência do julgador ou órgão durante a decisão. [...]. Em nome da coerência, o processo de inserção da exceção no interior da regra impõe o fenômeno da

---

[23] HART. Herbert L. A: *The ascription of responsibility and rights. apud* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*.

[24] Conforme afirma, "... as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior" (ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*).

[25] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios.*

universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores (posteriores, acrescente-se) decisões de casos similares".[26]

CUIDADO: do ponto de vista jurisprudencial, alertamos que o STF ainda não utilizou a expressão derrotabilidade.

Destacamos, contudo, interessantes julgados que utilizaram a ideia para a fundamentação de suas decisões:

• TRF1 – EDAMS 5.553 – GO 2001.35.00.005553-9, j. 2005, 6ª T., DJ de 2005 discutia-se a regra contida no art. 99, da Lei nº 8.112/1990, que assegura ao servidor estudante (ao seu cônjuge ou companheiro, aos filhos ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial) que mudar de sede no interesse da administração, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga (cf. a discussão sobre o assunto, no presente trabalho, no item 14.10.2.5). Esse entendimento já foi, inclusive, confirmado pelo STF, no julgamento da ADI 3.324, que destacou a necessidade de ser o estabelecimento de ensino congênere, ou seja, a transferência deverá ser de escola particular para particular e de pública para pública. No caso concreto dos autos, contudo, como não havia na localidade instituição da mesma natureza, o TRF1 entendeu que "... a vedação em causa é "derrotável", porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente "derrotam" a vedação contida no referido dispositivo legal";[27]

• Recurso JEF nº 200535007164388 – TJ/GO: no caso, discutia-se o direito ao recebimento do benefício de prestação continuada previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social), que consiste na garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos (redação dada pela Lei nº 12.435/2011) ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, sendo que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo. No caso concreto, o Juiz Juliano

---

[26] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*.

[27] A Universidade Federal de Goiás – UFGO interpôs recurso extraordinário (RE 593.428) contra o referido acórdão da 6ª T. do TRF1, que teve, em decisão monocrática do Min. Dias Toffoli proferida em 2011, o seu seguimento negado, com base na jurisprudência dominante firmada na ADI 3324. Apenas observamos que, lendo referida decisão, o Min. Toffoli não analisa a questão da derrotabilidade, tratando o assunto como se fosse o caso típico de instituição congênere. Desde já alertamos que, em momento seguinte, o STF, apreciando o tema 57 da repercussão geral, fixou a seguinte tese sobre a situação particular em análise: "é constitucional a previsão legal que assegure, na hipótese de transferência *ex officio* de servidor, a matrícula em instituição pública, se inexistir instituição congênere à de origem" (RE 601.580, j. 2018), enaltecendo o direito à educação. Sobre a regra da congeneridade, cf. item 14.10.2.5.

Taveira Bernardes utilizou a ideia de derrotabilidade para afastar a regra geral, sem que o seu entendimento ferisse, inclusive, o posicionamento do STF.[28]

Sobre esse tema específico, cabe lembrar que o STF, no julgamento da ADI 1.232, declarou constitucional o critério objetivo previsto na Lei (Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, j. 1998). Contudo, como observou o Min. Gilmar, "elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais [...]. O STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)". Por esse motivo, no julgamento do RE 567.985, foi declarada a inconstitucionalidade parcial do referido art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, porém, sem a pronúncia de nulidade (Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2013, Plenário, com repercussão geral).

• Essa perspectiva jurisprudencial acabou influenciando o Parlamento, que, ao introduzir o art. 20, § 11 na LOAS (pela Lei nº 13.146/2015), passou a admitir, para a concessão do benefício em análise, a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. Assim, apesar de o critério objetivo continuar prescrito, outros aspectos poderão ser considerados no caso concreto, como, por exemplo, a necessidade de tratamentos e medicamentos caros por parte de integrantes da família.

3.4 Normas de segundo grau: Postulados normativos

Humberto Ávila, como já apontamos, refere-se à categoria dos postulados normativos, que não se confundem com as regras e os princípios.

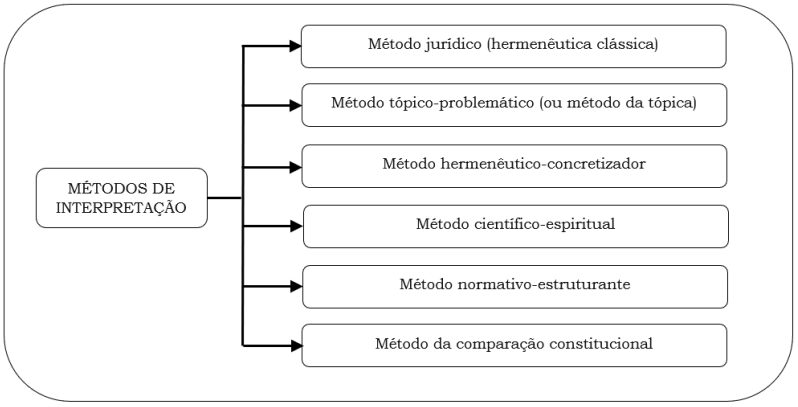
Segundo afirma, os postulados podem ser qualificados como metanormas ou normas de segundo grau, instituindo "... critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação".

Assim, podem ser caracterizados como normas metódicas, fornecendo "critérios bastante precisos para a aplicação do Direito", destacando-se os postulados inespecíficos

[28] Juliano Taveira Bernardes, doutrinariamente, já havia tratado do assunto ao justificar a possibilidade de aborto do feto anencefálico, com base na ideia de derrotabilidade. Cf. BERNARDES, Juliano Taveira: *Aborto de feto anencefálico e "Derrotabilidade"*.

(ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).[29]

3.5 Métodos de interpretação



Anota Canotilho que "a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares".[30] Nessa linha, limitar-nos-emos a expor algumas características de cada um dos métodos destacados pelo mestre português.

3.5.1 Método jurídico ou hermenêutico clássico

Para os que se valem desse método, a Constituição deve ser encarada como uma Lei e, assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa, valendo-se dos seguintes elementos de exegese:

• elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador;

• elemento gramatical ou filológico: também chamado de literal ou semântico, pelo qual a análise deve ser realizada de modo textual e literal;

• elemento lógico: procura a harmonia lógica das normas constitucionais;

• elemento sistemático: busca a análise do todo;

• elemento histórico: analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma;

• elemento teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma;

---

[29] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*.
[30] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

• elemento popular: a análise se implementa partindo da participação da massa, dos "corpos intermediários", dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, o referendo, o recall, o veto popular etc;

• elemento doutrinário: parte da interpretação feita pela doutrina;

• elemento evolutivo: segue a linha da mutação constitucional.

Nesse método, o papel do intérprete resume-se a descobrir o verdadeiro significado da norma, o seu sentido e, assim, atribui-se grande importância ao texto da norma.

3.5.2 Método tópico-problemático (ou método da tópica)

Por meio desse método, parte-se de um problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretizados.

A Constituição é, assim, um sistema aberto de regras e princípios.

3.5.3 Método hermenêutico-concretizador

Diferentemente do método tópico-problemático, que parte do caso concreto para a norma, o método hermenêutico-concretizador parte da Constituição para o problema, destacando-se os seguintes pressupostos interpretativos:

• pressupostos subjetivos: o intérprete vale-se de suas pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma;

• pressupostos objetivos: o intérprete atua como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como "pano de fundo" a realidade social;

• círculo hermenêutico: é o "movimento de ir e vir" do subjetivo para o objetivo, até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma.

O fato de se partir das pré-compreensões do intérprete pode distorcer não somente a realidade, como também o próprio sentido da norma.

3.5.4 Método científico-espiritual

A análise da norma constitucional não se fixa na literalidade da norma, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição.

Assim, a Constituição deve ser interpretada como algo dinâmico e que se renova constantemente, no compasso das modificações da vida em sociedade.

Sustenta Inocêncio Mártires Coelho que, segundo o método científico-espiritual, "... tanto o direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento".[31]

3.5.5 Método normativo-estruturante

A doutrina que defende esse método reconhece a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo.

Isso porque o teor literal da norma (elemento literal da doutrina clássica), que será considerado pelo intérprete, deve ser analisado à luz da concretização da norma em sua realidade social.

A norma terá de ser concretizada não só pela atividade do legislador, mas, também, pela atividade do Judiciário, da administração, do governo etc.

Para Coelho, "em síntese, no dizer do próprio Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a "ponta do iceberg"; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada, na feliz expressão de Miguel Reale".[32]

3.5.6 Método da comparação constitucional

A interpretação dos institutos se implementa mediante comparação nos vários ordenamentos.

Estabelece-se, assim, uma comunicação entre as várias Constituições. Partindo dos 4 métodos ou elementos desenvolvidos por Savigny (gramatical, lógico, histórico e sistemático), Peter Häberle sustenta a canonização da comparação constitucional como um quinto método de interpretação.[33]

3.6 Princípios da interpretação constitucional

Ao lado dos métodos de interpretação, a doutrina[34] estabelece alguns princípios específicos de interpretação e que podem ser assim esquematizados:

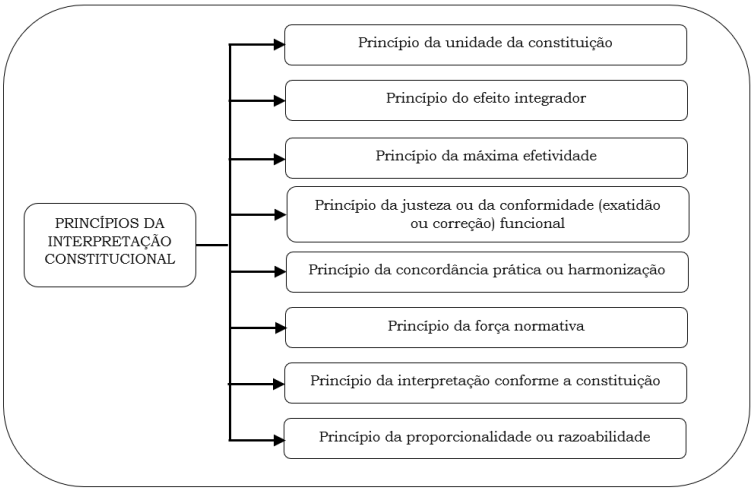
---

[31] COELHO, Inocêncio Mártires: *Interpretação constitucional.*

[32] *Ibidi.*

[33] *Ibidi.*

[34] Segundo Canotilho, "a elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da "base de compromisso" cristalizada nas



3.6.1 Princípio da unidade da Constituição

A Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade, como um todo, e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas.

As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios.

Anota Canotilho que, "como "ponto de orientação", "guia de discussão" e "fator hermenêutico de decisão", o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)".[35]

3.6.2 Princípio do efeito integrador

Muitas vezes associado ao princípio da unidade, conforme ensina Canotilho, "... na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não se assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras".[36]

normas constitucionais (princípio da praticabilidade)" (CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.).

[35] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

[36] *Ibidi*.

3.6.3 Princípio da máxima efetividade

Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.

Segundo Canotilho, "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".[37]

3.6.4 Princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito.

O seu intérprete final "... não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE)".[38]

Nos momentos de crise, acima de tudo, as relações entre o Parlamento, o Executivo e a Corte Constitucional deverão ser pautadas pela irrestrita fidelidade e adequação à Constituição.

3.6.5 Princípio da concordância prática ou harmonização

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.

Nas palavras de Canotilho, "o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este

---

[37] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*
[38] *Ibidi.*

princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens".[39]

3.6.6 Princípio da força normativa

Os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.

Assim, de acordo com Canotilho, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima, da Lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a "atualização" normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência".[40]

Nesse sentido, como anota Gilmar Mendes, "sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)".[41]

3.6.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina,[42] seja pela jurisprudência, destacando-se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte:

• prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;

---

[39] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

[40] *Ibidi*.

[41] Gilmar Ferreira Mendes, em apresentação ao trabalho de HESSE, Konrad: *A força normativa da Constituição*, que serviu de base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

[42] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

• conservação de normas: percebendo o intérprete que uma Lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;

• exclusão da interpretação *contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;

• espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias a que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;

• rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;

• intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador. Avançando, se a vontade do legislador violar a Constituição, confira interessante discussão dentro da ideia de decisões manipulativas (item 3.7.2).

3.6.8 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Ao expor a doutrina de Karl Larenz,[43] Coelho esclarece: "utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico".[44]

Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados.

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

---

[43] LARENZ, Karl; LAMEGO, Jose; FREITAS, Ana: *Metodologia da ciência do direito.*
[44] COELHO, Inocêncio Mártires: *Interpretação constitucional.*

• necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

• adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

• proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Finalmente, lembramos importantes dispositivos normativos que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade (que, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva – art. 5º, LIV):

• Art. 2º, VI, da Lei nº 9.784/1999: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

• Art. 156 do CPP: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida" (incluído pela Lei nº 11.690/2008).

• Art. 282, I e II, do CPP: "As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação, da Lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado" (redação e inclusões pela Lei nº 12.403/2011).

• Art. 438, § 1º e § 2º, do CPP: "A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. § 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. § 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (redação e inclusões pela Lei nº 11.689/2008).

3.7 limites da interpretação constitucional

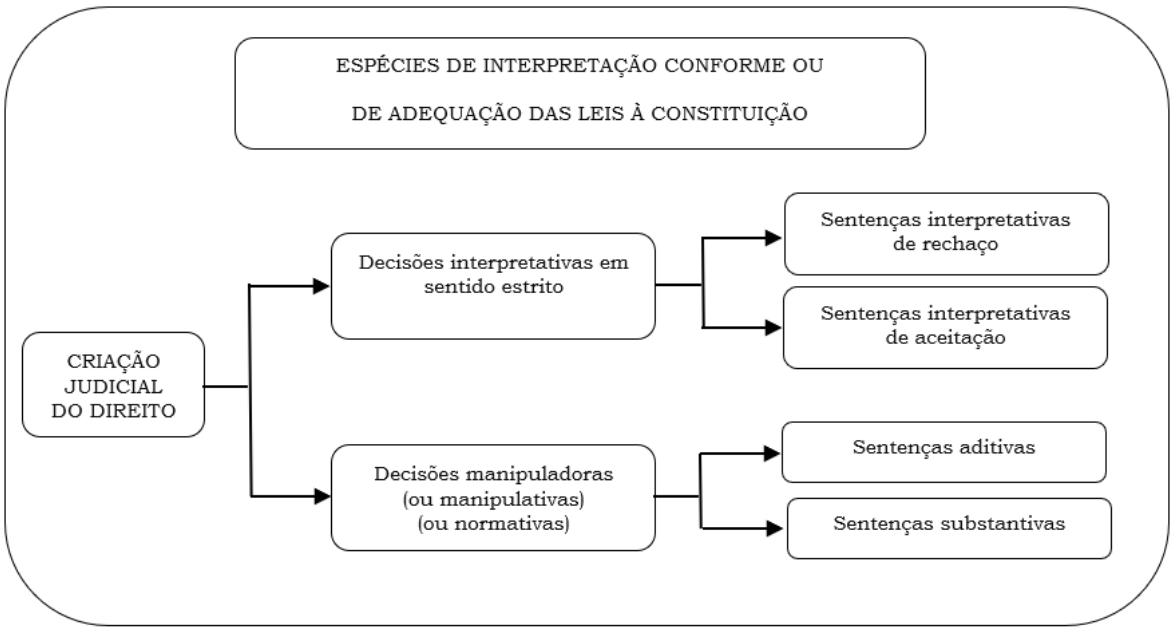
Diante das premissas de interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecerem parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da ideia de certeza e segurança jurídica.

Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total, da Lei ou ato normativo e o não conhecimento da ação, em termos de segurança, preferem-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos.

Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, a atual realidade "... parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana de legislador negativo, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – por exemplo, as diversas espécies de sentenças normativas – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão".[45]

Estamos diante de verdadeira atividade legislativa heterônoma, destacando-se, segundo Riccardo Guastini,[46] as seguintes espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição:



[45] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

[46] GUASTINI, R: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

3.7.1 Decisões interpretativas em sentido estrito

3.7.1.1 Sentença interpretativa de rechaço

Diante de duas possíveis interpretações que determinado ato normativo possa ter, por meio das sentenças interpretativas de rechaço, a Corte Constitucional adota aquela que se conforma à Constituição, repudiando qualquer outra que contrarie o texto constitucional.

Assim, o enunciado "permanece válido, mas só poderá ser interpretado de maneira conforme à Constituição, o que significa dizer que, implicitamente, e sob pena de vir a considerá-la nula, a Corte proíbe que se dê ao citado dispositivo interpretação contrária à Constituição".[47]

3.7.1.2 Sentença interpretativa de aceitação

Por sua vez, nas sentenças interpretativas de aceitação, a Corte Constitucional anula decisão tomada pela magistratura comum (instâncias ordinárias), que adotou interpretações ofensivas à Constituição.

Não se "... anula o dispositivo mal interpretado, mas apenas uma das suas interpretações, dizendo que esse preceito é inconstitucional se interpretado de modo contrário à Constituição ou na parte em que expressa uma norma inconstitucional. Também nesse caso, prossegue Guastini, o preceito questionado continua válido, mas a norma extraída da sua interpretação inconstitucional é anulada em caráter definitivo e com eficácia *erga omnes*".[48]

3.7.2 Decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas)

As decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas) são originárias da doutrina e jurisprudência italianas (decisioni manipolative).

Conforme observou Coelho, as decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas) podem ser caracterizadas como "... sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o

---

[47] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

[48] *Ibidi*.

propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras".[49]

3.7.2.1 Sentenças aditivas (ou sentenças manipulativas de efeito aditivo). Declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo ou aditivo

No entendimento de Mendes, pela sentença aditiva (ou "manipulativa de efeito aditivo"), "... a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto, da Lei ou seu âmbito de incidência".[50]

A sentença aditiva pode ser justificada, por exemplo, em razão da não observância do princípio da isonomia, notadamente nas situações em que a Lei concede certo benefício ou tratamento a determinadas pessoas, mas exclui outras que se enquadrariam na mesma situação.

Nessas hipóteses, o Tribunal Constitucional declara inconstitucional a norma na parte em que trata desigualmente os iguais, sem qualquer razoabilidade e/ou nexo de causalidade.

Assim, a decisão se mostra aditiva, já que a Corte, ao decidir, "cria uma norma autônoma", estendendo aos excluídos o benefício.

Estamos em face daquilo que Canotilho denominou declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), na medida em que a sentença do Tribunal "alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na "parte em que não prevê", contempla uma "exceção" ou impõe uma "condição" a certas situações que deveria prever (sentenças aditivas)".[51]

As sentenças aditivas já são realidades na Suprema Corte brasileira, destacando-se os seguintes julgados, conforme anotou Mendes:[52]

• ADPF 54 – antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico: como destacamos no item 14.10.1.3, o STF, em 2012, por maioria, ao julgar a ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, produziu decisão manipulativa com eficácia aditiva, atuando como legislador positivo, já que, ao dar interpretação conforme a Constituição aos art. 124 ao art. 128 do CP, acrescentou mais uma

---

[49] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

[50] *Ibidi*.

[51] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

[52] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*, assim como o voto de Mendes no RE 641.320/2016, DJE de 2016. Cabe alertar, contudo, que, segundo Elival da Silva Ramos, esses exemplos não seriam típicas sentenças aditivas em sentido próprio, "... já que à reconstrução do sentido do dispositivo legal apreciado pela Corte não se atribuiu eficácia *erga omnes* e vinculativa, haja vista a decisão final de improcedência da inconstitucionalidade suscitada, com a ressalva da interpretação conforme" (RAMOS, Elival da Silva: *Ativismo judicial*).

excludente de ilicitude ao crime de aborto (para o STF, trata-se de conduta atípica). Acrescentando, podemos chamar a atenção para o grande debate envolvendo a decisão da 1ª Turma do STF, no HC 124.306, notadamente o voto do Ministro Barroso, que reconheceu a "inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre" e que ainda terá de ser profundamente debatida pelo pleno da Corte (cf. análise no item 14.10.1.4).

• MI 670/ES, MI 708/DF, MI 712/PA – direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CF/1988): o STF, ao julgar os referidos mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo – SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, reconheceu (sentença aditiva) que fosse garantido o direito de greve a todo servidor público, aplicando-se, no que couber, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

• RMS 22.307 – reajuste para os servidores civis não contemplado por Lei que o concedeu aos militares: o STF entendeu, de modo aditivo, que o reajuste de 28,86% concedido aos servidores militares, pelas Leis nº 8.662/1993 e nº 8.627/1993, deveria ser estendido também aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais. Cuidado: essa previsão de que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-ia sempre na mesma data era estabelecida no art. 37, X, da CF/1988, antes de sua modificação pela EC nº 19/1998, que acabou com a correlação.

• ADIs 1.105 e 1.127 – Estatuto da Advocacia: o STF, ao dar interpretação conforme a Constituição a diversos preceitos, da Lei nº 8.906/1994, adicionou-lhe conteúdo normativo, conforme apontamos no item 12.4.1 deste estudo.

• MS 26.602, 26.603 e 26.604 – fidelidade partidária: como estudaremos no item 18.5, o STF entendeu que a fidelidade partidária é princípio constitucional, e, por isso, aquele candidato eleito pelo sistema proporcional que mudar de partido (transferência de legenda) sem motivo justificado perderá o cargo eletivo (entendimento que não se aplica para os eleitos pelo sistema majoritário – ADI 5.081, j. 2015).

• Pet 3.388 – demarcação Raposa Serra do Sol: o STF reconheceu o modelo contínuo de demarcação da terra indígena e, para tanto, determinou diversas condições, em caráter marcadamente aditivo (cf. item 19.10.7.2).

• ADIs 4.357 e 4.425 – questões de ordem referentes à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (j. 2015): o STF "conferiu ao Conselho Nacional de Justiça poderes para fazer diagnóstico do sistema de pagamentos pelas diversas unidades

da federação e propor medidas, inclusive de caráter normativo, para assegurar a liquidação do estoque de precatórios, em prazo razoável. Deliberou-se que as propostas do CNJ deveriam ser analisadas, em sessão jurisdicional, prosseguindo o julgamento da questão de ordem na ação de controle concentrado, pelo próprio STF".

• ADPF 347: adotando a técnica do complex enforcement,[53] "o STF deferiu medidas de caráter liminar, voltadas à superação do caos do sistema carcerário (2015). O pedido daquela ação é justamente para que o Tribunal expeça determinações de caráter aberto e fiscalize seu cumprimento, retendo a jurisdição".

• RE 641.320: "Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: a) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; b) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; c) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; d) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal" (Plenário, j. 2016, DJE de 2016).

• MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090: julgando procedentes os mandados de injunção em assentada anterior, o STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, determinou a aplicação dos parâmetros, da Lei nº 12.506/2011 no caso concreto. O Tribunal autorizou os Ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos.

Estes últimos exemplos (mandados de injunção) não foram listados por Gilmar Mendes, mas se mostram muito interessantes. Trata-se de julgados envolvendo o direito fundamental dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos, da Lei (art. 7º, XXI).

Estamos diante de norma de eficácia limitada que só veio a ser regulamentada mais de 20 anos após a promulgação, da CF/1988, no caso, pela Lei nº 12.506/2011.

O STF, no julgamento dos referidos MIs, antes do advento da norma, julgou procedente o pedido para reconhecer a mora e garantir a concretização do direito previsto na Constituição e para o caso concreto (MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, j. 2011).

---

[53] A técnica destacada pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no RE 641.320/2016 pode ser definida, segundo Sargentich, na tradução lançada por Mendes, como o tipo de litígio "no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer". Para aprofundamento, cf. SARGENTICH, Lewis D: *Complex enforcement*.

Contudo, diante de indecisão sobre qual parâmetro adotar em razão da quantidade e diversidade de sugestões oferecidas pelos Ministros do STF (e, assim, estabelecer o efeito aditivo), até porque, diferentemente do direito de greve supracitado, naquele momento não havia nenhum critério normativo preestabelecido a ser observado, houve suspensão do julgamento.

Em seguida, antes da explicitação do dispositivo final da decisão nos referidos mandados de injunção que estavam com o julgamento suspenso, com censurável atraso, o Congresso Nacional aprovou a citada Lei nº 12.506/2011, que não retroagiu e, assim, não resolveu a situação dos trabalhadores demitidos antes de sua vigência e que ajuizaram mandado de injunção, naquele momento, pendente de julgamento.

O STF, então, concluindo o julgamento dos referidos mandados de injunção, determinou a utilização dos critérios e padrões normativos estabelecidos na Lei nº 12.506/2011 (sentença aditiva, portanto), adotando, como anotou o Min. Gilmar Mendes, um "posicionamento menos invasivo às competências do Congresso Nacional e perfeitamente cabível para o deslinde das ações mandamentais" (j. 2013).[54]

• ADO 26 e MI 4.733: O enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo pelo STF.

O Tribunal, por maioria, reconheceu o "estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT".

Assim, diante da existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, a Corte cientificou o Congresso Nacional, constituindo-o em mora formal.

Contudo, sem dar qualquer prazo ou obrigar o Congresso Nacional a legislar (o que poderia significar afronta à separação de poderes), o STF deu "interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo

---

[54] Houve autorização para que os Ministros do STF apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento, da Lei regulamentadora (MI 1.090, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2013, Plenário, DJE/2013). Contudo, nos termos do voto do Relator, entendeu a Corte não ser possível, por segurança jurídica, "exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/2011 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, o que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição, mas, além disso, muitas situações já se consolidaram de tal modo que a Constituição também lhes atribui proteção, a título de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada".

Tribunal Federal no julgamento pleno do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão" (ADO 26, j. 2019).

Nesse caso, muito embora não conste da lista trazida por Gilmar Mendes, parece-nos ser um interessante caso de sentença aditiva e em um grau tamanho que nos faz indagar até que ponto não teria havido violação da separação de poderes. Poderia o Poder Judiciário ter estabelecido um tipo penal? Teria havido violação ao princípio da reserva legal? Realmente, um grande tema que analisamos no item 14.10.28.2.

3.7.2.2 Sentenças substitutivas (declaração de inconstitucionalidade com efeito substitutivo)

Na lição de Branco, ao editar sentenças substitutivas, "... a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outras, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como o denomina Prieto Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento".[55]

Como exemplo, podemos citar a liminar concedida na ADI 2332 (Rel. Min. Moreira Alves, j. 2001, Plenário, DJ de 2004) contra dispositivos da MP 2183-56, que, alterando o DL nº 3.365/1941, estabeleceu, no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, que a incidência de juros compensatórios será de até 6% ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

---

[55] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

De acordo com a decisão do STF, a limitação de 6% ao ano viola o entendimento adotado na Súmula 618/STF ("na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% ao ano"). Ainda, a fixação da base de cálculo como sendo "o valor da diferença eventualmente apurada" também viola o princípio constitucional do direito à justa indenização.

Assim, a taxa de juros de 6% ao ano foi declarada inconstitucional pelo STF e substituída pela de 12%. No tocante à base de cálculo dos juros compensatórios contida no introduzido caput do art. 15-A do DL nº 3.365/1941, para que não se ferisse o princípio constitucional do prévio e justo preço, foi dada interpretação conforme a Constituição, para se ter como constitucional (aqui a substituição) o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença (mérito pendente de julgamento pelo STF).

3.7.3 Lacuna constitucional e o "pensamento jurídico do possível" na jurisprudência do STF

O denominado "pensamento jurídico do possível" foi destacado no julgamento de embargos infringentes opostos pelo PGR contra acórdão proferido pelo STF na ADI 1.289, no qual se discutia o preenchimento da regra do "quinto constitucional" no âmbito do TRT.

Como veremos (itens 11.7 e 11.8.4.2), o art. 115, I, da CF/1988 prescreve que os TRTs serão compostos por 1/5 dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do MPT com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94.

Referido art. 94 estabelece um procedimento rígido, ao prescrever que o órgão de classe elabore uma lista sêxtupla com nomes que preencham os requisitos do art. 94. Em seguida, o Tribunal escolhe 3 dentre os 6 indicados, e o Executivo escolhe 1 da lista tríplice e o nomeia.

O texto é claro ao definir que a lista tríplice será formada dentro do universo dos 6 nomes indicados e que a escolha final do Executivo se dará dentre os 3 escolhidos pelo Tribunal. Ou seja, se a lista elaborada pelo órgão de classe for de 5 nomes, a escolha de 3 ficará prejudicada, pois o Tribunal não terá mais o universo de 6.

Isso posto, surgiu um problema. No caso concreto, em se tratando de vaga a ser preenchida por membro do Ministério Público, não havia membros suficientes com mais de 10 anos de efetivo exercício.

A Corte deparou-se com inegável lacuna constitucional: a Carta não dispôs sobre a hipótese excepcional de faltarem membros no Ministério Público que preenchessem os requisitos constitucionais.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes lembrou o trabalho de Gustavo Zagrebelsky sobre o direito dúctil, especialmente diante das características das sociedades pluralistas atuais, marcadas pela diversidade de grupos sociais, interesses e ideologias e, em razão das circunstâncias do caso concreto, concluiu pela adoção do denominado "pensamento do possível".

Destaca Mendes: "... parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de intentar realizar positivamente a "concordância prática" das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. "Positivamente": não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil* – grifamos)".

Continua Gilmar Mendes lembrando Peter Häberle como talvez o mais expressivo defensor da ideia de "ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (HÄBERLE, Peter: *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken* – grifamos)".

Ainda, Mendes fala de uma "teoria constitucional de alternativas" na medida em que, como sustentado por Häberle, "o pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor" (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3 – grifamos)".

E conclui Mendes: "... valendo-nos da lição de Scheuner citada por Häberle, se quiser preservar força regulatória em uma sociedade pluralista, a Constituição não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como "projeto" ("Entwurf") em contínuo desenvolvimento (HÄBERLE, Peter: *Die Verfassung des Pluralismus* – grifamos)".

Pedimos vênia, então, para transcrever a ementa do julgado que reconheceu, na linha do voto do Min. Gilmar Mendes, a teoria do pensamento do possível:

"EMENTA: [...]. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. Requisitos dos art. 94 e art. 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre o outro. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado "pensamento jurídico do possível". Lacuna constitucional. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada" (ADI 1.289-EI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2003, Plenário, DJ de 2004).

Finalmente, podemos lembrar outros exemplos de aplicação pela Corte do pensamento do possível, como a técnica, da Lei nº"ainda constitucional" em relação ao prazo em dobro para a defensoria pública no processo penal (cf. item 6.7.1.6).

3.7.4 Críticas ao "pamprincipiologismo" (Streck) e a realidade de uma inegável "Supremocracia"

Parte da doutrina vem tecendo (severas) críticas à exacerbação dos (pseudo)princípios, ou seja, a criação de princípios de acordo com o "sentire" ou a vontade de cada julgador, de modo arbitrário, em decisão "solipsista" (seguindo a orientação pessoal de cada intérprete) e em violação à Constituição, o que pode levar à discricionariedade e a um inaceitável e antidemocrático decisionismo (julgamento discricionário e sem fundamentação, surgindo decisões contraditórias a fragilizar a isonomia) – tendo sido essa problemática-constatação denominada "pamprincipiologismo".[56]

Streck observa em outro trabalho que os princípios devem ter densidade deontológica. Assim, "não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não são passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis. Basta ver, para tanto, a algaravia gerada pelo pamprincipiologismo, em que princípios são inventados pela doutrina, jurisprudência ou pelo legislativo, sem haver, no entanto, nenhuma preocupação com a sua imperatividade e sua legitimidade".[57]

E conclui com precisão: "o modo incorreto de manejar princípios os transforma em meros álibis teóricos, que, ao fim e ao cabo, fragilizam a autonomia do Direito. Dessa forma, os princípios devem refletir um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções", devendo ter, também, um caráter de transcendência. Ou seja, afirma Streck, "os princípios não são ornamentos e nem conceitos

---

[56] STRECK, Lenio Luiz: *Aplicar a "Letra da lei" é uma atitude positivista?*
[57] STRECK, Lenio Luiz: *Dicionário de hermenêutica*.

vazios que apontam para a direção que aprouver ao intérprete. Diferentemente, sua normatividade direciona sentidos que espelham a comum-unidade a que pertencem".[58]

Nesse sentido, Daniel Sarmento deixa um importante e valioso recado: "no Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser "levadas a sério", evitando-se a "anarquia metodológica" e a "carnavalização" da Constituição".

Essa preocupação aparece ao se revelar o criticável lado do "decisionismo e do oba-oba": "muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser".

E continua: "esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo, da Lei pelo governo dos juízes".[59]

As decisões, sem dúvida, devem encontrar sustentação na Constituição, que, como afirmamos (item 3.7), deve ser o porto seguro para os necessários limites da interpretação, evitando-se, assim, os riscos de uma ditadura do Poder Judiciário.

As regras devem ser prestigiadas, mas, diante de colisão e impossibilidade de convivência, os princípios deverão ser destacados (aliás, inimaginável o sistema sem os princípios). As soluções devem ser com base nos verdadeiros princípios, que encontram fundamento histórico na luta por uma Constituição democrática (essa a grande dificuldade, qual seja, a identificação desses princípios). Devem ser evitados os pseudoprincípios, que serviriam, muitas vezes, de álibis teóricos para as decisões sem fundamentação firme.

A solução proposta por Humberto Ávila, já lançada, mostra-se bastante equilibrada. Conforme sustenta, a interpretação e a aplicação de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a

---

[58] STRECK, Lenio Luiz: *Dicionário de hermenêutica*.
[59] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.

concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.[60]

Essa preocupação ganha relevância com a posição que a Suprema Corte adquiriu após a Constituição de 1988 e, mais recentemente, com a Reforma do Poder Judiciário, tudo em razão da inegável hiperconstitucionalização do pós-Segunda Grande Guerra na reconstrução do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida, esse modelo fez surgir aquilo que a doutrina denominou "Supremocracia" e que tem um duplo sentido: a) autoridade que o STF assume em relação às instâncias inferiores, já que, no modelo brasileiro, adquire o papel de intérprete final da Constituição; b) a partir, da CF/1988, o deslocamento do STF para o centro do arranjo político, observando-se uma inegável expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes.[61]

Conforme anotou Vieira, "esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa Constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias".

Essa expansão da autoridade do STF deve-se às ampliadas atribuições de tribunal constitucional, de foro especializado e originário de várias matérias (veja o julgamento da AP 470 – mensalão, para se ter um exemplo), bem como de tribunal de recursos de última instância.[62]

Sem dúvida, parece ter razão Vieira ao propor uma autocontenção da atuação da Corte, que passaria a julgar de modo mais qualitativo os grandes temas inseridos na Constituição, o que provocaria o seu fortalecimento e, por consequência, o fortalecimento das instâncias inferiores.

3.7.5 Desacordo moral razoável

Desacordos morais razoáveis surgem em razão de inexistência de consenso em relação a temas polêmicos e com entendimentos antagônicos e diametralmente opostos e que se fundam em conclusão racional, como, por exemplo, a interrupção da gravidez. Assumir uma

---

[60] ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*.
[61] VIEIRA, Oscar Vilhena: *Supremocracia*.
[62] *Ibidi*.

das posições significa negar a outra, e essa realidade é marca de uma sociedade plural, característica das democracias modernas (posições religiosas, morais, filosóficas etc.).

Nesse sentido, conforme anotou Barroso, "além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras.[63] Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas".[64]

3.8 Teoria dos poderes implícitos

Conforme anotou o Ministro Celso de Mello, em interessante julgado, a teoria dos poderes implícitos decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece: "... a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos" (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, DJ de 2007).

Podemos acrescentar que os meios implicitamente decorrentes das atribuições estabelecidas de modo explícito devem passar por uma análise de razoabilidade e proporcionalidade.

Encontramos alguns precedentes na jurisprudência pátria.

Em um primeiro caso, o STF reconhece o poder implícito de concessão de medidas cautelares pelo TCU no exercício de suas atribuições explicitamente fixadas no art. 71, da CF/1988 (MS 26.547-MC/DF).

---

[63] O precedente nos Estados Unidos se deu a partir da análise de Lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos e que veio a ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte (cf. US Supreme Court. Griswold v. Connecticut. 381 U.S. 479/1965).

[64] BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Ainda, para aprofundamento, destacamos as seguintes obras: GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis: *Democracy and disagreement*; WALDRON, Jeremy: *Law and disagreement*; RAWLS, John: *O liberalismo político*; MCMAHON, Christopher: *Reasonable disagreement*; TERSMAN, Folke: *Moral disagreement*.

Em outro precedente, o STF admite a possibilidade de o TJ estadual conhecer e julgar reclamação para a preservação de sua competência e a autoridade de suas decisões. Entendeu a Corte que a reclamação, situada no âmbito do exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a") e, tendo em vista o princípio da simetria e o da efetividade das decisões judiciais, dentro de uma ideia de poderes implícitos, poderia ser apreciada pelo tribunal estadual, superando, assim, antiga jurisprudência que a fixava como privativa do STF (ADI 2.212) (cf. ADI 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, DJ de 2007).

Em outro caso interessante e bastante polêmico, com base na teoria dos poderes implícitos, a 2ª Turma do STF, ao analisar a temática dos poderes investigatórios do MP, entendeu que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo próprio Parquet, não havendo necessidade de prévio inquérito policial (RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2008, DJE de 2008. Nesse sentido: HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2009, 2ª T., Inf. 564/STF e RHC 83.492, j. 2010).[65]

Enfrentando o tema, o pleno do STF, em momento seguinte, prescrevendo que os art. 5º, LIV e LV, art. 129, III e VIII, e art.144, § 1º, IV, da CF/1988 não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do MP, afirmou a seguinte tese: "o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição" (RE 593.727, j. 2015, DJE de 2015).

3.9 Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição

[65] O voto do Min. Celso de Mello pode ser lido, na íntegra, em Notícias do STF 2010.

SOCIEDADE FECHADA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO
• Sociedade fechada • Intérpretes jurídicos vinculados às corporações • Elemento cerrado ou fechado com numerus clausus de intérpretes da Constituição	• Interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta • Sociedade pluralista • Intérpretes jurídicos (convivem com os intérpretes da sociedade aberta e pluralista) • Órgãos estatais • Potências públicas • Cidadãos • Grupos • Sistema público e opinião pública • Participantes materiais do processo social • "Constituição e realidade constitucional" – incorporação das ciências sociais, teorias jurídico-funcionais e métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral • Subsistência da jurisdição constitucional – juízes e tribunais, normalmente a última palavra na interpretação • Direito de participação democrática • Democratização da interpretação constitucional • Intérpretes constitucionais em sentido lato (amplo) • Maior legitimidade das decisões jurisdicionais em razão da pluralização do debate

Conforme anotou Gilmar Mendes ao lembrar as lições de Peter Häberle, "não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada [...],[66] ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública [...].[67] Assim, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se, necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da Law in public action".[68]

Daí propor Häberle que se supere o modelo de interpretação de uma sociedade fechada (nas mãos de juízes e em procedimentos formalizados) para a ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, vale dizer, uma interpretação pluralista e democrática.

Ao afirmar que a interpretação não mais deve ficar confinada dentro de uma sociedade fechada, Häberle propõe a ideia de que a interpretação não possa ficar restrita aos órgãos estatais, mas que deve ser aberta para todos os que "vivem" a norma (a Constituição), sendo, assim, esses destinatários, legítimos intérpretes, em um interessante processo de revisão da metodologia jurídica tradicional de interpretação.

Häberle observa que, dentro de um conceito mais amplo de hermenêutica, "cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes [...]. Subsiste sempre a responsabilidade da

---

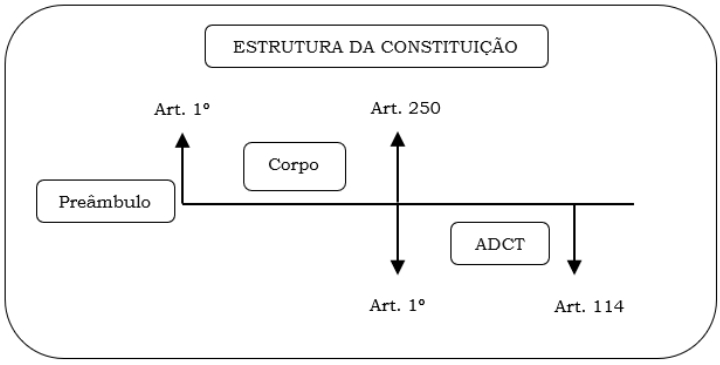
[66] HÄBERLE, Peter: *Zeit und verfassung.*
[67] *Ibidi.*
[68] Gilmar Ferreira Mendes, apresentação à obra HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica constitucional.*

jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação [...]. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional".[69]

Nesse sentido, quanto mais pluralista for a sociedade, mais abertos serão os critérios de interpretação. Finalmente, Häberle observa que "os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à Lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas "intervenções"). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador".[70]

Nesse sentido, no direito brasileiro, destacamos a figura do *amicus curiae*[71] e das audiências públicas como importantes instrumentos de pluralização do debate e que serão retomados no item 6.7.1.16 deste estudo (cf. também no item 1.6 o debate sobre os diálogos constitucionais).

3.10 Estrutura da Constituição[72]



3.10.1 Preâmbulo

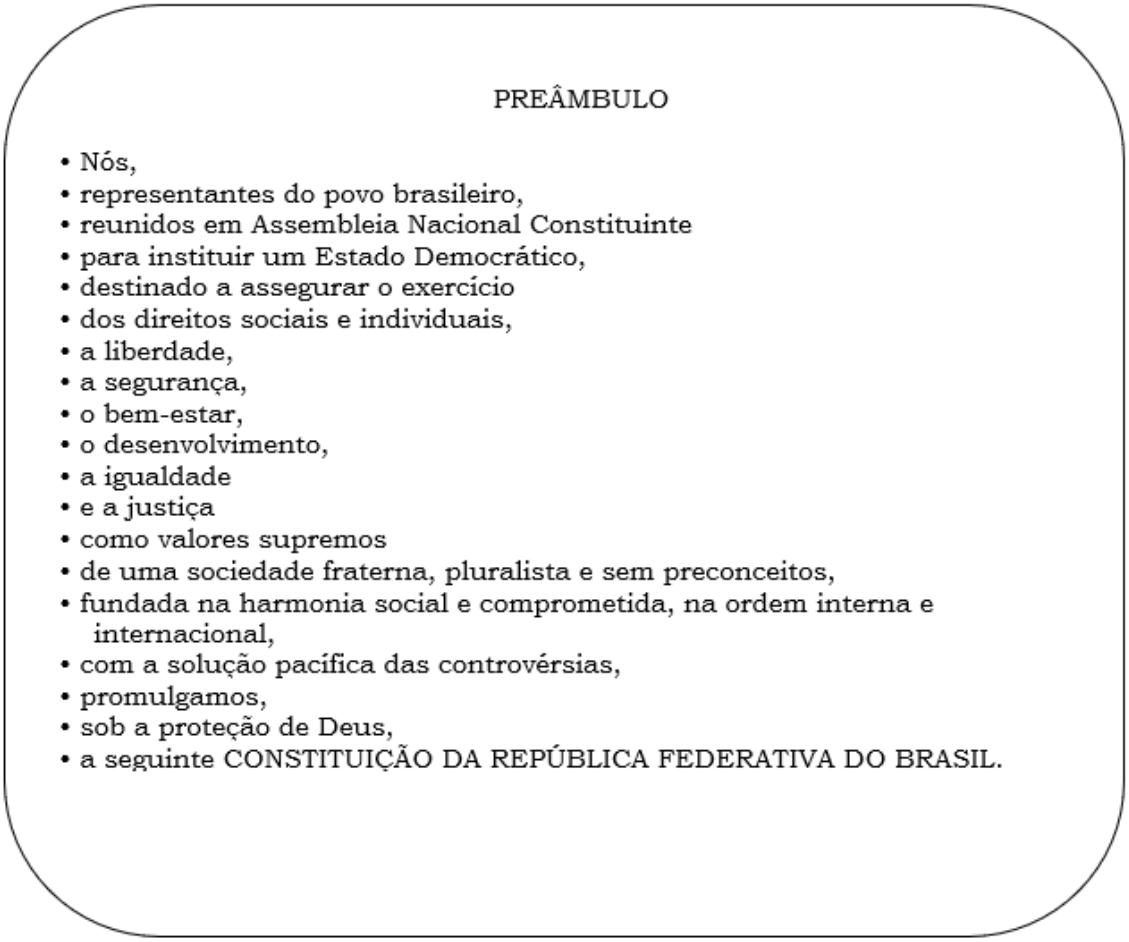
3.10.1.1 Esquematização

Estruturalmente, a CF/1988 contém um preâmbulo, nove títulos (corpo) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

---

[69] HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica constitucional*.
[70] *Ibidi*.
[71] Cf. MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares: *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição*.
[72] Para uma visão mais ampla de Constituição, remetemos o nosso ilustre leitor para a teoria do bloco de constitucionalidade, estudada no item 6.7.1.3.

Nas provas de concursos, tem sido muito comum o examinador exigir o conhecimento da literalidade do preâmbulo, bem como os direitos e preceitos estabelecidos ou nele referidos. Assim, procuramos, abaixo, esquematizar a leitura para facilitar a memorização:



3.10.1.2 Qual a natureza jurídica do preâmbulo? Tem ele relevância jurídica?

Três são as posições apontadas pela doutrina e sistematizadas por Jorge Miranda: a) tese da irrelevância jurídica: o preâmbulo situa-se no domínio da política, sem relevância jurídica; b) tese da plena eficácia: tem a mesma eficácia jurídica das normas constitucionais, sendo, porém, apresentado de forma não articulada; c) tese da relevância jurídica indireta: ponto intermediário entre as duas, já que, muito embora participe "das características jurídicas da Constituição", não deve ser confundido com o articulado.

Jorge Miranda ensina que o preâmbulo, "... proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante, anteposta ao articulado constitucional, não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político social". Assim, conclui

Miranda, o preâmbulo "não cria direitos ou deveres" e "não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo".[73]

Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso, Relator da ADI 2.076, após interessante estudo, conclui que "o preâmbulo... não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte [...]. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta [...]. Esses princípios sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição Estadual, incidirão na ordem local...".[74]

Por todo o exposto, podemos estabelecer, adotando a tese da irrelevância jurídica, que o preâmbulo da Constituição não é norma de reprodução obrigatória nos Estados, nem pode servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

3.10.1.3 A invocação de Deus no preâmbulo da Constituição Federal é norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais e leis orgânicas do DF e dos municípios? Referida previsão enfraquece a laicidade do Estado brasileiro?

Não.

Como se sabe, desde o advento da República (Decreto nº 119-A/1890), existe total separação entre o Estado e a Igreja, sendo o Brasil um país leigo, laico ou não confessional, não existindo, portanto, nenhuma religião oficial da República Federativa do Brasil.[75]

Laicidade não se confunde com laicismo. Laicidade significa neutralidade religiosa por parte do Estado. Laicismo, uma atitude de intolerância e hostilidade estatal em relação às religiões. Portanto, a laicidade é marca da República Federativa do Brasil, e não o laicismo, mantendo-se o Estado brasileiro em posição de neutralidade axiológica, mostrando-se indiferente ao conteúdo das ideias religiosas (cf. voto do Min. Celso de Mello na ADPF 54 – anencefalia).

Todas as Constituições pátrias, exceto as de 1891 e 1937, invocaram a "proteção de Deus" quando promulgadas, exprimindo, assim, inegável símbolo de religiosidade.[76]

---

[73] ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso.

[74] Julgamento na ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, 2002, DJ/2003, e Infs. STF nº 277/2002 e 320/2003.

[75] Confira outros aspectos sobre o tema no item 14.10.6.

[76] Cf.: CF/1988 – "sob a proteção de Deus"; CF/1967 – "invocando a proteção de Deus"; CF/1946 – "sob a proteção de Deus"; CF/1937 – não consta a invocação à proteção de Deus; CF/1934 – "pondo a nossa

Em âmbito estadual essa realidade se repetiu, com exceção, em sua redação original, da Constituição do Estado do Acre, que não continha, em um primeiro momento, a referida expressão.[77] Tal omissão foi objeto de questionamento no STF pelo Partido Social Liberal. O STF, definindo a questão, além de estabelecer e declarar a irrelevância jurídica do preâmbulo, assinalou que a invocação da "proteção de Deus" não é norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, não tendo força normativa (ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso).

O STF também confirmou que a invocação a Deus no preâmbulo não enfraquece a laicidade do Estado brasileiro, que, inclusive, nos termos do art. 5º, VI, declara ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma, da Lei, a proteção aos locais de culto e das suas liturgias.

Ainda, o art. 5º, VIII, estabelece que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Finalmente, o art. 19, I, determina, tendo em vista a inexistência de religião oficial, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma, da Lei, a colaboração de interesse público.

Como exemplo de colaboração de interesse público, podemos citar a decretação de ponto facultativo para os servidores municipais de São Paulo quando, em 11 de maio de 2007, o Papa Bento XVI esteve em São Paulo para celebrar a missa de canonização de Frei Galvão.

Interessante, ainda, a crítica de José Afonso da Silva: "um Estado leigo não deveria invocar Deus em sua Constituição. Mas a verdade também é que o sentimento religioso do povo brasileiro, se não impõe tal invocação, a justifica. Por outro lado, para os religiosos ela é importante. Para os ateus, há de ser indiferente. Logo, não há por que condená-la. Razão forte a justifica: o sentimento popular de quem provém o poder constituinte".[78]

Apesar dessa crítica apresentada por Silva, Branco chega a afirmar que "o Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. Por isso, admite, ainda que sob a forma de disciplina de matrícula facultativa, o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º), permitindo, assim, o ensino da doutrina de uma dada

---

confiança em Deus"; CF/1891 – não consta a invocação à proteção de Deus; CImp/1824 – "por Graça de Deos" e "em nome da Santíssima Trindade".

[77] Em momento posterior, cabe lembrar que a EC nº 19/2000 à Constituição do Acre acrescentou, independentemente da decisão da Corte, a expressão sob a proteção de Deus. Vejamos: "A ASSEMBLEIA ESTADUAL CONSTITUINTE, usando dos poderes que lhe foram outorgados pela CONSTITUIÇÃO FEDERAL, obedecendo ao ideário democrático, com o pensamento voltado para o POVO, inspirada nos HERÓIS DA REVOLUÇÃO ACREANA e SOB A PROTEÇÃO DE DEUS, promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ACRE".

[78] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição*.

religião para os alunos interessados. Admite, igualmente, que o casamento religioso produza efeitos civis, na forma do disposto em Lei (CF, art. 226, § 1º e § 2º)".[79]

Cabe lembrar que no dia 27.09.2017, por 6 x 5, o STF julgou improcedente a ADI 4.439, ajuizada pela PGR, tendo por objeto o art. 33, caput e § 1º e § 2º, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) e o art. 11, § 1º, do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, aprovado pelo DL nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, estabelecendo que o ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, que constituirá disciplina dos horários normais, poderá ter natureza confessional, na medida em que a sua matrícula é facultativa nos termos do citado art. 210, § 1º, da CF/1988 (cf. itens 7.3.4.2.6 e 14.10.6.2).

Daniel Sarmento, por sua vez, estabelece que "Estado laico não significa Estado ateu, pois o ateísmo não deixa de ser uma concepção religiosa. Na verdade, o Estado laico é aquele que mantém uma postura de neutralidade e independência em relação a todas as concepções religiosas, em respeito ao pluralismo existente em sua sociedade".[80]

Esse posicionamento doutrinário, de não se confundir Estado laico com Estado ateu, encontra reconhecimento no voto do Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54 (anencefalia), ao afirmar que o Brasil é um Estado secular tolerante, ou seja, "o Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro".

Assim, continua, "a crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja".

Do mesmo entendimento, com precisão, Daniel Sarmento, ao afirmar que "... as razões religiosas são válidas na esfera da consciência de cada um, mas não podem ser o fundamento dos atos estatais".[81]

Por todo o exposto, podemos sustentar que o preâmbulo não tem relevância jurídica, não tem força normativa, não cria direitos ou obrigações, não tem força obrigatória, servindo, apenas, como norte interpretativo das normas constitucionais. Por essas características e por não constituir norma central, a invocação à divindade não é de reprodução obrigatória nos preâmbulos das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas do DF e dos Municípios. Conforme visto, o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional, lembrando que Estado laico não significa Estado ateu.

---

[79] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional* (grifamos).
[80] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.
[81] *Ibidi*.

3.10.2 Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT)

3.10.2.1 Apontamentos gerais sobre o ADCT

Disposições Constitucionais Transitórias são encontradas nas Constituições brasileiras anteriores, exceto na primeira, de 1824.

Nas Constituições de 1891, 1934 e 1946, assim como na atual, de 1988, o ADCT aparece como ato destacado, possuindo, respectivamente, 8, 26 e 36 artigos, sendo que, na redação original, da CF/1988, promulgada em 5 de outubro, o texto continha 70 artigos, estando, atualmente, com 114, em razão de reformas constitucionais.

Nos textos autoritários de 1937, 1967 e na EC nº 1/1969, as disposições transitórias foram apresentadas em conjunto, no mesmo título, com as disposições finais ou gerais.

Outra característica interessante dos textos nos quais o ADCT se apresenta de forma destacada (inclusive com promulgação autônoma em relação às disposições do corpo)[82] é a particular técnica redacional de se iniciar uma nova numeração dos artigos, bem como a inexistência de divisão em títulos, capítulos, seções ou subseções.

Conforme observou Raul Machado Horta, "os temas são tratados indistintamente, sem a preocupação de ordenação, unidade e sistematização. É o terreno do depósito residual, da miscelânea e da mistura normativa. O traço que aproxima as normas heterogêneas é a temporariedade e a transitoriedade".[83]

3.10.2.2 Finalidade, do ADCT

A finalidade, do ADCT é estabelecer regras de transição entre o antigo ordenamento jurídico e o novo, instituído pela manifestação do poder constituinte originário, providenciando a acomodação e a transição do antigo e do novo direito edificado.

Segundo Barroso, "destinam-se as normas dessa natureza a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia – Constituição nova versus Constituição velha – e de hierarquia diversa – Constituição nova versus ordem ordinária preexistente",[84] interligando-se, portanto, nesse aspecto, com o instituto da recepção.

Observa-se, assim, por consequência, que, historicamente, algumas constituições, em outros países, não estabeleceram regras de transição, sobretudo quando o novo regime

---

[82] Nesse sentido, de modo explícito, o art. 218 da Constituição de 1946: "Esta Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depois de assinados pelos Deputados e Senadores presentes, serão promulgados simultaneamente pela Mesa da Assembleia Constituinte e entrarão em vigor na data da sua publicação". O texto de 1988 também adotou essa técnica formal de promulgações e publicações autônomas.

[83] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

[84] BARROSO, Luís Roberto: *Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies)*.

apresentava-se totalmente desvinculado da organização político-jurídica que até então vigorava, rompendo-se de modo revolucionário.

Como exemplo, podemos identificar a Constituição norte-americana de 1787, que estabeleceu a federação (superando o imperialismo britânico e extinguindo o modelo confederativo), bem como a francesa de 1791, que, abolindo o feudalismo e o antigo regime, consagrou "[...] a Monarquia Constitucional, a representação política fundada na soberania nacional e os direitos naturais e imprescritíveis do homem: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".[85]

Nesse sentido, destacou Raul Machado Horta: "as Constituições vinculadas às transformações profundas da ordem social, política e econômica não se preocupam com a inclusão de normas ou disposições transitórias em seu texto.[86] Voltadas para a edificação de nova Sociedade, as Constituições revolucionárias, que demoliram e substituíram os fundamentos do antigo regime, não se interessam pelas normas de acomodação e de transição entre o direito anterior e o novo direito. A teleologia do constitucionalismo revolucionário repele acomodações que embaraçam a construção do novo Direito e a edificação criadora de nova estrutura social, política e econômica".[87]

3.10.2.3 Classificação das disposições, do ADCT

Analisando o seu conteúdo durante o ano inicial de sua vigência, Raul Machado Horta identificou as seguintes categorias normativas:[88]

• normas exauridas: aquelas que já desapareceram, em virtude da realização da condição ou do ato nela previstos, como, por exemplo, os art. 1º, art. 4º, § 4º, art.15, etc;

---

[85] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

[86] Isso não significa que não se possam encontrar referidas disposições transitórias, conforme se observou em algumas Constituições que implantaram as Repúblicas Populares no Leste Europeu, no segundo pós-guerra, como a da Tchecoslováquia de 1948 e a da Iugoslávia de 1946. Contudo, conforme alertou o autor, "as Constituições fundadoras de novo regime político e social, quando não dispensam a enunciação de disposições transitórias, limitam-se a incluir nesse tópico regras de natureza técnica, regulando a composição de órgãos eletivos" (HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.).

[87] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*. Como exemplos de Constituições sem disposições de transição, podemos lembrar a norte-americana, algumas da França, da antiga União Soviética, as da China Popular, a Constituição da República Socialista de Cuba de 1976 etc. Segundo Pinto Ferreira, "... a Lei Maior norte-americana, por seu caráter sintético e lacônico, devia por brevidade eliminar o corpo das disposições transitórias, além de romper com o imperialismo britânico, que espoliava os colonos. As Constituições da França de 1793 e 1795 esfacelaram o antigo regime com os seus abusos e violências, estabelecendo uma nova ordem jurídico-política, assinalando a ascensão da burguesia como classe contra a nobreza. A Constituição russa de 1925 repudiou a ordem social burguesa, estabeleceu o regime da ditadura do proletariado, cortou as amarras com a tradição do capitalismo e do semifeudalismo ainda dominantes na Rússia tzarista. Churchill chamou Lenin o grande repudiador, mas este suportou o peso do cerco capitalista e conseguiu fazer vitoriosa a revolução socialista. Mirkine-Guetzévitch, em sua Teoria geral do Estado soviético, chegou a dizer que o Estado soviético era um Estado sem direito, pois, ao seu sentir, eliminava a liberdade e a propriedade tradicionais, razão pela qual a Constituição, repudiando o passado, não cogitou de disposições transitórias" (FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*.).

[88] Pensamos que melhor teria sido a utilização da terminologia "disposição" em vez de "normas".

• normas dependentes de legislação e de execução: art. 10, § 1º, art. 12, § 1º, art. 14, § 1º, § 2º e § 4º, etc;

• normas dotadas de duração temporária expressa: art. 40, que manteve, por 25 anos, a partir da promulgação da Constituição, a Zona Franca de Manaus (prazo esse acrescido de 10 anos pela EC nº 42/2003, nos termos do art. 92, do ADCT e, findo esse prazo, acrescido de mais 50 anos, nos termos, da EC nº 83/2014, nos termos do art. 92-A, também, do ADCT); art. 42, também alterado por emenda, modificando as regras de transição;

• normas de recepção: art. 34, § 5º, art. 66, etc;

• normas sobre benefícios e direitos: art. 53 e art. 54, que asseguraram direitos;[89]

• normas com prazos constitucionais ultrapassados: nessa classificação, o autor identificou, à época (no primeiro ano de vigência, do ADCT), todos os artigos que dependiam de legislação para sua implementação, como o art. 29, § 1º, que fixava prazo para o encaminhamento de projeto de Lei Complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da AGU, e o art. 48, do ADCT, que estabelecia prazo para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Muitos dispositivos, como os citados, já foram regulamentados.

Por sua vez, Barroso,[90] identificando espécies distintas de disposições transitórias, estabeleceu três categorias:

• disposições transitórias propriamente ditas: são as disposições típicas que regulam de modo transitório determinadas relações, estando sujeitas a condição resolutiva ou termo. Como exemplo, o autor lembra o art. 10, § 1º,[91] e o art. 23, caput;[92]

• disposições de efeitos instantâneos e definitivos: essas disposições não aguardam uma condição ou um termo, operando imediatamente ou no prazo estabelecido. Nesse sentido, podemos citar o art. 13, caput, do ADCT, que criou o Estado do Tocantins, ou o art. 15, que extinguiu o Território Federal de Fernando de Noronha, reincorporando a sua área ao Estado de Pernambuco;

• disposições de efeitos diferidos: são aquelas que "sustam a operatividade da norma constitucional por prazo determinado ou até a ocorrência de um determinado evento". Como exemplo, o autor menciona o art. 5º, caput, do ADCT, que determinou a não aplicação do

---

[89] Nesse sentido, de maneira interessante, conforme observam Souza Neto e Sarmento, determinados institutos abrigados no ADCT podem ser considerados cláusulas pétreas "desde que estejam diretamente relacionados a algum outro limite material ao poder de reforma", dando-se como exemplo o art. 68 do ADCT. que reconhece, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel: *Direito constitucional*, nota 29).

[90] BARROSO, Luís Roberto: *Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies)*.

[91] Art. 10, § 1º, ADCT: "Até que a Lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias".

[92] Art. 23, caput, ADCT: "Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais".

disposto no art. 16 e das regras do art. 77 do corpo da Constituição às eleições previstas para 15.11.1988.

3.10.2.4 O natural exaurimento das normas, do ADCT e o seu desvirtuamento

Vimos que as disposições transitórias, como o próprio nome já sinaliza, exercem o papel de acomodação e transição do ordenamento jurídico anterior com a nova ordem constitucional.

Por natureza, portanto, diante de sua eficácia temporária (essa a ideia das disposições de transição), após produzirem os seus efeitos, ou diante do advento da condição ou termo estabelecidos, esgotam-se, tornando-se normas de eficácia exaurida.

Nesse momento, aponta José Afonso da Silva, a norma, do ADCT que se esgotou "... não é mais norma jurídica, mas simples proposição sintática, com valor meramente histórico", não mais se restabelecendo.[93]

Daí, Raul Machado Horta conclui que "norma permanente nas Disposições Transitórias é norma anômala. Foi dessa categoria o conhecido art. 180[94] da Carta de 1937, que, prevendo competência transitória do Presidente da República – "enquanto não se reunir o Parlamento Nacional" –, como a condição não se verificou na vigência da Carta de 1937, o art. 180 tornou-se regra permanente, para fundamentar a pletórica atividade legislativa do Presidente da República na via dos Decretos-leis".[95]

Essa sistemática, contudo, vem sendo desvirtuada pelo constituinte reformador, que, por vezes, introduziu, por emenda ao ADCT, normas permanentes, sem qualquer conteúdo de direito intertemporal e sem qualquer conexão com o momento de transição, em total atecnia legislativa, como, por exemplo, o seu art. 96 (acrescentado pela EC nº 57/2008), que, de modo inconstitucional (e, por que não dizer, imoral), convalidou a criação de municípios em total violação ao art. 18, § 4º, da CF/1988 (cf. item 6.7.4.9).

3.10.2.5 Qual a natureza jurídica das disposições, do ADCT?

O ADCT, como o nome já induz (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), tem natureza jurídica de norma constitucional e poderá, portanto, trazer exceções às regras colocadas no corpo da Constituição. Assim como no corpo encontramos regras (por exemplo, tratamento igual entre brasileiro nato e naturalizado, art. 12, § 2º) e exceções a essas regras

---

[93] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[94] Art. 180 da Carta/1937: "Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União".

[95] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional.*

(por exemplo, art. 12, § 3º, I, que reserva o cargo de Presidente da República somente para brasileiros natos), também o ADCT poderá excepcionar regras gerais do corpo,[96] por apresentar a mesma natureza jurídica delas.

Dessa forma, em virtude de sua natureza constitucional, a alteração das normas, do ADCT ou o acréscimo de novas regras dependerão da manifestação do poder constituinte derivado reformador, ou seja, necessariamente por meio de emendas constitucionais, que, por sua vez, deverão observar os limites ao poder de reforma (cf., abaixo, item 3.10.2.6), sendo que essas disposições novas estabelecidas por emenda serão suscetíveis ao controle de constitucionalidade. Também, em razão de sua natureza jurídica, as disposições, do ADCT servirão de parâmetro ou paradigma de confronto para a análise da constitucionalidade dos demais atos normativos. Nesse sentido decidiu a Corte (RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1994, 1ª T., DJ de 1995. No mesmo sentido: RE 215.107-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2006, 2ª T., DJ de 2007).

3.10.2.6 As disposições, do ADCT estão imunes ao poder de reforma?

Diante da constatação de diversas emendas ao ADCT (lembre que, originalmente, ele foi promulgado com 70 artigos, contendo, atualmente, 114), temos de analisar a possibilidade ou não de reformas das disposições transitórias em razão da manifestação do poder constituinte derivado reformador. Ou seja, poderiam, de fato, as normas, do ADCT ter sofrido alterações (modificações ou acréscimos) por emenda?

Entendemos que se a norma de transição já se tiver exaurido, nesse caso específico, não pareceria razoável o Constituinte reformador modificar o sentido da transição já concretizado conforme estabelecido pelo poder constituinte originário, até porque, como se afirmou, nessa hipótese, a norma de transição estará esgotada.

Por outro lado, se o comando de transição não se tiver realizado e a disposição produzido os seus efeitos, entendemos possível a sua alteração, desde que sejam observados, naturalmente, os princípios intangíveis e os limites ao poder de reforma, explícitos e implícitos (cf. item 9.14.1).

Assim, um direito fundamental estabelecido no ADCT, por exemplo, o art. 68, que reconhece, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos, não poderia ser subtraído por meio de reforma (emenda constitucional) por violar o limite material da cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV.

---

[96] Como exemplo, podemos citar o art. 5º do ADCT ao determinar a não aplicação do disposto no art. 16 e das regras do art. 77 do corpo da Constituição às eleições previstas para 15.11.1988.

Nesses casos, citando os exemplos dos art. 8º (concessão de anistia) e 19 (concessão de estabilidade no serviço público), do ADCT, pelos quais se atribuiu um regime vantajoso a um grupo concreto de destinatários, consoante observa Branco, "... pode-se reconhecer que o constituinte originário quis investir beneficiários certos em direitos determinados, de tal sorte que, se o constituinte de reforma lhes subtraísse ou diminuísse a vantagem, estaria perpetrando, senão um ataque à cláusula pétrea da segurança jurídica ou do direito adquirido, certamente que uma fraude ao constituinte originário".[97]

Por outro lado, a EC nº 2/1992, que antecipou a data do plebiscito de que trata o art. 2º, do ADCT, do dia 07.09.1993 para o dia 21.04.1993, foi considerada constitucional pelo STF. Dessa forma, no referido *leading case*, a Corte passou a admitir, explicitamente, a alteração de disposições, do ADCT por emenda desde que, é claro, fossem respeitados os limites ao poder de reforma.

Em seu voto, o Min. Moreira Alves, Relator, reconhecendo o caráter constitucional das normas, do ADCT, não admitiu qualquer natureza de imutabilidade em razão de sua transitoriedade, reconhecendo-se, nesses termos, a possibilidade de reforma, desde que, é claro, como se disse, fossem observados os limites ao poder de reforma. Vejamos:

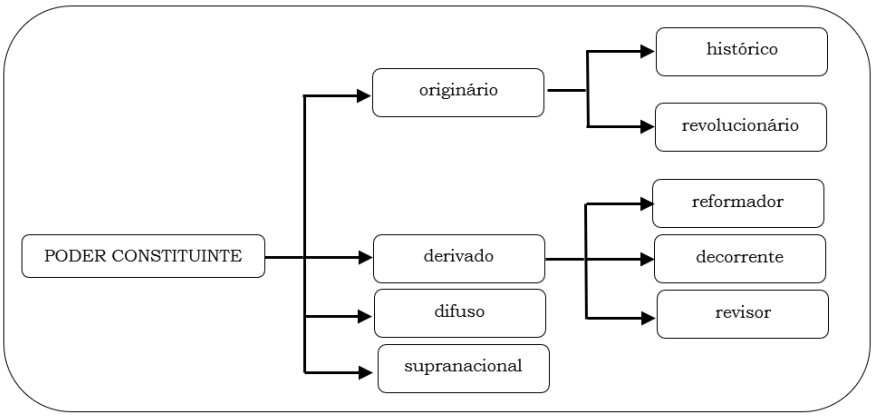
"[...] a transitoriedade em si mesma não torna incompossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa da sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilargar-se o período da transitoriedade" (ADI 829, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1993, Plenário, DJ de 1994).

[97] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

4 PODER CONSTITUINTE

Sumário: 4.1 Esquema geral. 4.2 Conceito E Titularidade. 4.3 Hiato constitucional (revolução – mutação – reforma – hiato autoritário). 4.4 Poder constituinte originário (genuníno ou de 1º grau). 4.5 Poder constituinte derivado (instituído, constituído, secundário, de 2º grau ou remanescente) 4.6 Poder Constituinte Difuso. 4.7 Poder Constituinte Supranacional. 4.8 Nova Constituição e ordem jurídica anterior. 4.9 Poder constituinte e direito adquirido. Graus de retroatividade da norma constitucional: máximo, médio ou mínimo?

4.1 Esquema geral



4.2 Conceito e titularidade

De acordo com a lição de Canotilho, "o poder constituinte se revela sempre como uma questão de "poder", de "força" ou de "autoridade" política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como Lei fundamental da comunidade política".[1]

A titularidade do poder constituinte, como aponta a doutrina moderna, pertence ao povo. Nesse sentido, Canotilho afirma que "poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo", e que deve ser concebido "como uma "grandeza pluralística" (Peter Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de "opiniões", "vontades", "correntes" ou "sensibilidades" políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes".[2]

---

[1] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição* (original sem grifos).

[2] *Ibidi*. Emmanuel Joseph Sieyès, o grande teórico da matéria, por meio do panfleto denominado "Que é o terceiro Estado?" (Qu"est-ce que le tiers État?), apontava como titular a nação, entendimento esse superado, conforme visto.

Nesse sentido, seguindo a tendência moderna, o parágrafo único do art. 1º, da CF/1988: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (democracia semidireta ou participativa – cf. Capítulo 17).

4.3 Hiato constitucional (revolução – mutação – reforma – hiato autoritário)

A expressão "hiato constitucional" se deve a Ivo Dantas, quando desenvolveu o tema em sua dissertação de mestrado defendida em 1976.[3]

Dantas analisa a relação entre o "direito legislado", a "Constituição política" e a "sociedade" ou "realidade social".

O hiato constitucional, também chamado pelo autor de revolução, verifica-se quando há um choque (ou "divórcio") entre o conteúdo da Constituição política (uma das formas do direito legislado) e a realidade social ou sociedade.

De acordo com o que define, a dinâmica constitucional (Garcia Pelayo) pode ser caracterizada como "... a constante tentativa de adaptar o texto político às novas realidades-valores sociais, o que, quando inexistente, dará margem a Hiato Constitucional ou, se desejarem, Revolução...".

Assim, a "revolução" deve ser encarada "... como uma quebra do processo político e histórico normal da organização política".

Tomando por base essa ideia, qual seja, que o hiato constitucional caracteriza verdadeira lacuna, intervalo, interrupção de continuidade, entendemos que vários fenômenos poderão ser verificados, destacando-se:

- convocação da Assembleia Nacional Constituinte e elaboração de nova Constituição;
- mutação constitucional;
- reforma constitucional;
- hiato autoritário.

A partir da quebra do processo constitucional, vale dizer, diante da não correspondência entre o texto posto e a realidade social, poderá surgir espaço para o denominado "momento constituinte" democrático e, assim, diante da manifestação do poder constituinte originário, a elaboração de novo documento que encontre legitimidade social.

Ainda, diante da lacuna poderá também ser verificada a necessidade de mudança no sentido interpretativo da norma posta, ou seja, o instituto, já desenvolvido no item 3.1, da mutação constitucional, pelo qual a "letra fria" do texto é mantida, mas se atribui um novo sentido interpretativo, nos exatos termos da realidade social evolutiva.

---

[3] DANTAS, Ivo: *Poder constituinte e revolução*.

Em outro sentido, o vácuo de correspondência poderá sinalizar a necessidade de manifestação (formal) do poder de reforma, por meio das emendas constitucionais, fazendo com que haja a manifestação do poder constituinte derivado reformador.

Finalmente, a quebra poderá dar espaço para a ilegítima outorga constitucional, manifestando-se o poder autoritário e fazendo com que o hiato constitucional se transforme em hiato autoritário, que persistirá mesmo diante da edição de textos (ilegítimos) como foi, por exemplo, durante o regime militar, o AI-5, textos que buscam suprir o hiato constitucional, mas, por falta de legitimidade, sucumbem, abrindo espaço para o nefasto e combatido hiato autoritário.

4.4 Poder constituinte originário (genuíno ou de 1º grau)

4.4.1 Conceito

O poder constituinte originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.

O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

Reproduzimos interessante conceituação trazida por Temer a respeito do assunto: "ressalte-se a ideia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto nº 1/1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado".[4]

4.4.2 Uma subdivisão

O poder constituinte originário pode ser subdividido em histórico (ou fundacional) e revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela

[4] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional*.

primeira vez, o Estado. Revolucionário seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, um novo Estado.

4.4.3 Características

O poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado, soberano na tomada de suas decisões, um poder de fato e político, permanente.

• inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica, rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior;

• autônomo, visto que a estruturação da nova Constituição será determinada, autonomamente, por quem exerce o poder constituinte originário;

• ilimitado juridicamente, no sentido de que não tem de respeitar os limites postos pelo direito anterior, com as ressalvas a seguir indicadas e que passam a ser uma tendência para os concursos públicos;

• incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, porque não tem de submeter-se a qualquer forma prefixada de manifestação;

• poder de fato e poder político, podendo, assim, ser caracterizado como uma energia ou força social, tendo natureza pré-jurídica, sendo que, por essas características, a nova ordem jurídica começa com a sua manifestação, e não antes dela;

• permanente, já que o poder constituinte originário não se esgota com a edição da nova Constituição, sobrevivendo a ela e fora dela como forma e expressão da liberdade humana, em verdadeira ideia de subsistência. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa característica decorre de fórmula clássica prevista no art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada como preâmbulo da Constituição francesa de 1793 e "... no sentido de que o homem, embora tenha tomado uma decisão, pode rever, pode mudar posteriormente essa decisão...".[5] Isso não significa que o poder constituinte originário permanente e "adormecido" sairá desse estado de "hibernação" e de "latência" a todo e qualquer momento, até porque instauraria indesejada insegurança jurídica. Para tanto, deve haver o "momento constituinte", uma situação tal que justifique e requeira a quebra abrupta da ordem jurídica.

Lembramos, contudo, a corrente jusnaturalista, para a qual o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo na medida em que haveria uma limitação imposta:

---

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *O poder constituinte*. O art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada como preâmbulo da Constituição francesa de 1793, tem a seguinte redação: "Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras". Para conhecimento desse e outros documentos, cf. importante trabalho de COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*.

ao menos o respeito às normas de direito natural. Como o Brasil adotou a corrente positivista, o poder constituinte originário é totalmente ilimitado (do ponto de vista jurídico, reforce-se), apresentando natureza pré-jurídica, uma energia ou força social, já que a ordem jurídica começa com ele e não antes dele. Assim, para o Brasil e os positivistas, nem mesmo o direito natural (por alguns denominado direito suprapositivo)[6] limitaria a atuação do poder constituinte originário.

Anota J. H. Meirelles Teixeira: "... esta ausência de vinculação, note-se bem, é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do bem comum, do direito natural, da moral, da razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, "a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica", na bela expressão de Recaséns Siches".[7]

Nesse sentido, afastando-se da ideia de onipotência do poder constituinte derivada da teologia política "... que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução Francesa (1789)", atualmente ultrapassada, posiciona-se Canotilho, o qual, sugerindo ser entendimento da doutrina moderna, observa que o poder constituinte "... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como "vontade do povo"". Fala, ainda, na necessidade de observância de princípios de justiça (suprapositivos e supralegais) e, também, dos princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos – neste último caso de vinculação jurídica, chegando a doutrina a propor uma juridicização e evolução do poder constituinte).[8]

Paulo Branco também perfilha o entendimento da existência de limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte originário.

Em suas palavras, "se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se

---

[6] ADI 815 e expressão na ADI 2.062. Cf. nota de rodapé nº 12 (palavra "poder de fato" na tabela do item 4.5.1).

[7] TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.* Alerta-se o ilustre concurseiro de que essa nova ideia começa a aparecer nas provas de concurso (cf. questões).

[8] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso".[9]

4.4.4 Poder constituinte originário formal e material

A doutrina ainda fala em poder constituinte formal e material:

• formal: é o ato de criação propriamente dito e que atribui a "roupagem" com status constitucional a um "complexo normativo";

• material: é o lado substancial do poder constituinte originário, qualificando o direito constitucional formal com o status de norma constitucional. Assim, será o orientador da atividade do constituinte originário formal que, por sua vez, será o responsável pela "roupagem" constitucional. O material diz o que é constitucional; o formal materializa e sedimenta como Constituição. O material precede o formal, estando ambos interligados.

Assim, para Jorge Miranda, o poder constituinte formal confere "... estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua ação) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas".[10]

4.4.5 Formas de expressão

Duas são as formas de expressão do poder constituinte originário: a) outorga; b) assembleia nacional constituinte (ou convenção).

• outorga: caracteriza-se pela declaração unilateral do agente revolucionário (movimento revolucionário – exemplo: Constituições de 1824, 1937, 1967 e EC nº 1/1969, lembrando que a Constituição de 1946 já havia sido suplantada pelo Golpe Militar de 1964 – AI 1/1964).

---

[9] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.* (original sem grifos). Essa interessante ideia de insurreição, a ser sancionada como delito penal, encontra fundamento no art. 5º, XLIV, da CF/1988: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

[10] MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.* (igual ao original, que está sem grifos).

Conforme vimos, embora a Constituição de 1946 continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a "Revolução Vitoriosa", que buscava combater e "drenar o bolsão comunista" que assolava o Brasil;

• assembleia nacional constituinte ou convenção: por seu turno, nasce da deliberação da representação popular, destacando-se os seguintes exemplos: Constituições Federais de 1891, 1934, 1946 e 1988.

4.4.6 A proposta de convocação de uma "assembleia nacional constituinte exclusiva e específica" para a reforma política: Aberração jurídica; Violência ao sistema

Inegavelmente, o Estado brasileiro precisa passar pela "engavetada" e necessária reforma política e, como se sabe, dentro do modelo atual, o instrumento para a sua implementação seria uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

Buscando dar uma resposta aos vários movimentos sociais que tomaram conta do país no ano de 2013 (manifestações, passeatas, reivindicações etc.), deflagrados pelo aumento das tarifas de ônibus (e, claro, todos sabem que não foram os "vinte centavos" o fator de mobilização e do descontentamento com o modelo de representação), a então Presidente Dilma Rousseff, em discurso um pouco tardio, enaltecendo a "voz das ruas", propôs a convocação de uma assembleia nacional constituinte exclusiva e específica para a reforma política.

Em suas palavras, ditas na abertura da reunião com governadores e prefeitos realizada em 24.06.2013, propondo soluções para a crise, sugeriu 5 pactos nacionais (responsabilidade fiscal, reforma política, saúde, transportes públicos e educação pública). No tocante à reforma política, sugeriu a sua implementação por meio de uma constituinte exclusiva, autorizada por plebiscito popular.[11]

Nesse ponto, com o máximo respeito, mesmo que buscando "escutar a voz das ruas", mesmo que houvesse legitimação por plebiscito popular, admitir uma constituinte específica ensejaria total afronta à Constituição.

---

[11] Vejamos as palavras de sua Excelência: "... Mas quero repetir principalmente que meu governo está ouvindo a voz democrática, as vozes democráticas que saem e emergem das ruas e que pedem mudanças. É preciso saber escutar a voz das ruas. Só ela é capaz de nos impulsionar a andar ainda mais rápido. É preciso que todos, todos mesmo, sem exceção, entendam esses sinais com humildade e acerto. Isso vale não apenas para nós, líderes de governos, mas igualmente para os brasileiros e brasileiras que estão em suas casas e também para aqueles que foram às ruas. Se aproveitarmos bem o impulso dessa nova energia política, poderemos fazer mais rápido muita coisa". E, nesse sentido, afirma: "Quero, nesse momento, propor o debate sobre a convocação de um plebiscito popular que autorize o funcionamento de um processo constituinte específico para fazer a reforma política que o país tanto necessita. O Brasil está maduro para avançar e já deixou claro que não quer ficar parado onde está" (cf. a íntegra do discurso da Sra. Dilma Rousseff).

Conforme dissemos e retomamos a seguir, a única maneira de se alterar a Constituição no momento atual é mediante a aprovação de uma PEC, com todos os limites explícitos e estabelecidos no art. 60, da CF/1988, bem como os limites implícitos que decorrem do sistema.

A proposta de se estabelecer uma constituinte exclusiva e específica seria o mesmo que admitir uma parcial manifestação do poder constituinte originário, o que, por suas características e forma de expressão, seria inimaginável.

O poder constituinte originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau), ao se manifestar, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente, cria o novo Estado desvinculado do que então vigorava, saindo do seu estado de "hibernação" e "latência", em razão da existência de inquestionável "momento constituinte".

Não é o caso. Não se vislumbra esse tal "momento constituinte". A convocação de instrumento de alteração específico afrontaria, dentre outros, a implícita proibição de se alterar a titularidade do poder constituinte originário, bem como a do poder de reforma que se implementa por ato exclusivo do Congresso Nacional, assim como os seus limites colocados na Constituição.

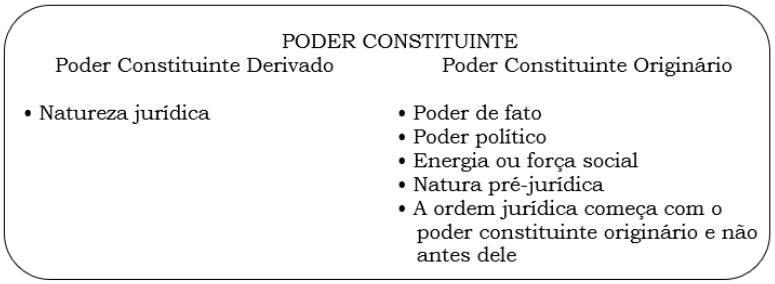
É preciso, sim, escutar a voz do povo, mas não se pode violentar o processo de reforma da Constituição.

Como alternativa, e o tema precisa ser amadurecido, poderíamos pensar nos instrumentos de soberania popular (e esse passou a ser o novo discurso de Dilma Rousseff), destacando-se o plebiscito e o referendo, não para se dar um "cheque em branco" para a tal constituinte parcial e específica, mas para referendar – e esse seria um modelo melhor – uma eventual alteração que fosse concretizada e, claro, respeitando o modelo constitucional, qual seja, por necessária e formal proposta de emenda, nos limites das regras estabelecidas pelo poder constituinte originário.

4.5 Poder constituinte derivado (instituído, constituído, secundário, de 2º grau ou remanescente)

4.5.1 Conceito e espécies[12]

[12] O Min. Ayres Britto, no julgamento da ADI 2.356-MC (2010), utilizou como sinônimo de "poder de fato" a expressão "poder suprapositivo", que não deve ser confundida, em outro contexto (e os dois sentidos já foram perguntados em concursos públicos), com "princípios de direito suprapositivo" (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1996), que significou "princípios de direito natural". Nesses termos, o Min. Celso de Mello utilizou a expressão "direito suprapositivo" não positivado, ou seja, "direito natural, consubstanciado em "princípios naturais e critérios isonômicos, gerais e coletivos, da Lei de um estado democrático"" (ADI 2.062, j. 2004).



O poder constituinte derivado é também denominado instituído, constituído, secundário, de segundo grau, remanescente.

Como o próprio nome sugere, o poder constituinte derivado é criado e instituído pelo originário.

Ao contrário de seu "criador", que é, do ponto de vista jurídico, ilimitado, incondicionado, inicial, o derivado deve obedecer às regras colocadas e impostas pelo originário, sendo, nesse sentido, limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos.

Alguns autores preferem a utilização da terminologia competências, em vez de poder constituinte derivado, pois só seria poder constituinte o que derivasse diretamente da soberania popular e fosse ilimitado. No entanto, mantemos a utilização da expressão "poder constituinte" na medida em que dele decorre a produção de normas de caráter constitucional. (nas provas preambulares também vem sendo, de maneira geral, utilizada a nomenclatura "poder constituinte derivado".)

Derivam, pois, do originário o reformador, o decorrente e o revisor. Vejamos cada um deles.

4.5.2 Poder constituinte derivado reformador

O poder constituinte derivado reformador, chamado por alguns de competência reformadora,[13] tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução.

O poder de reforma constitucional, assim, tem natureza jurídica, ao contrário do originário, que é um poder de fato, um poder político, ou, segundo alguns, uma força ou energia social.[14]

---

[13] Isso porque, como já apontamos, a produção da normatividade em questão dá-se não pela emanação direta da soberania popular (o que se verifica no originário), mas por sua manifestação indireta. Michel Temer observa: "parece-nos mais convincente a expressão "Poder Constituinte" para o caso de emanação normativa direta da soberania popular. O mais é fixação de competências: a reformadora (capaz de modificar a Constituição); a ordinária (capaz de editar a normatividade infraconstitucional)" (TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*).

[14] MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso: *Curso de direito constitucional.*, justificando: "Em outro dizer, tendo em vista que a ordem jurídica começa com a Constituição, o Poder que a elabora, logicamente, não pode ser jurídico".

A manifestação do poder constituinte reformador verifica-se através das emendas constitucionais (art. 59, I e art. 60, da CF/1988), que abordaremos melhor quando tratarmos das espécies normativas.

Neste momento, já adiantamos algumas características do poder de reforma, decorrentes de sua natureza constituída, instituída, ou de segundo grau. Como vimos, ao contrário do originário, que é incondicionado, o derivado é condicionado pelas regras colocadas pelo originário, este último, sim, um poder de fato que tudo pode.

Enfim, o originário permitiu a alteração de sua obra, mas obedecidos alguns limites como: *quorum* qualificado de 3/5, em cada Casa, em dois turnos de votação para aprovação das emendas (art. 60, § 2º); proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, defesa, ou intervenção federal (art. 60, § 1º), um núcleo de matérias intangíveis, vale dizer, as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CF/1988 etc.

Dessa forma, além das limitações expressas ou explícitas (formais ou procedimentais – art. 60, I, II, III, § 2º, § 3º e § 5º; circunstanciais – art. 60, § 1º; e materiais – art. 60, § 4º), a doutrina identifica, também, as limitações implícitas (como impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder constituinte derivado reformador, bem como a proibição de se violar as limitações expressas, não tendo sido adotada, no Brasil, portanto, a teoria da dupla revisão, ou seja, uma primeira revisão acabando com a limitação expressa e a segunda reformando aquilo que era proibido).[15]

4.5.3 Poder constituinte derivado decorrente

4.5.3.1 Estados-membros

O poder constituinte derivado decorrente,[16] assim como o reformador, por ser derivado do originário e por ele criado, é também jurídico e encontra os seus parâmetros de manifestação nas regras estabelecidas pelo originário.

Sua missão é estruturar a Constituição dos Estados-Membros ou, em momento seguinte, havendo necessidade de adequação e reformulação, modificá-la. Tal competência decorre da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário. Como veremos ao tratar dos Estados-Membros, no tópico Federação (item 7.3), a eles foi

---

[15] Sobre o tema dos limites ao poder de reforma, cf. item 9.14.1.

[16] Celso Bastos, ao tratar do poder constituinte estadual, observa que sua manifestação é tida, normalmente, por constituinte. "Contudo, as diferenças que apresenta com o poder constituinte nacional são de tal monta que parece impróprio conservar-se o mesmo nome para realidades tão díspares. O único ponto comum entre o poder constituinte nacional e o chamado poder constituinte estadual é que ambos se reúnem para elaborar uma Constituição. Tudo o mais são diferenças." Entre elas, o autor observa que "o poder constituinte originário, o que elabora a Constituição Federal, é soberano, enquanto o poder constituinte estadual é autônomo. O primeiro não está subordinado a nenhuma limitação jurídica. O segundo atua dentro de uma área de competência, delimitada pela Constituição Federal" (BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional*.).

atribuída autonomia, manifestada pela capacidade de auto-organização (art. 25, caput); autogoverno (art. 27, art. 28 e art.125, que estabelecem regras para a estruturação dos "Poderes" Legislativo: Assembleia Legislativa; Executivo: governador do Estado; e Judiciário: Tribunais e juízes) e autoadministração (art. 18 e art. 25 ao art. 28 – regras de competência legislativas e não legislativas, que serão oportunamente estudadas).

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, em uma das mais completas monografias sobre o tema no direito pátrio, o poder constituinte derivado decorrente se divide em duas modalidades:

• poder constituinte decorrente inicial ("instituidor" ou "institucionalizador"): responsável pela elaboração da Constituição Estadual. Como anotou Anna Cândida, "... intervém para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental de entidades componentes do Estado Federal. Tem o Poder Constituinte Decorrente um caráter de complementaridade em relação à Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder Constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes";[17]

• poder constituinte decorrente de revisão estadual ("poder decorrente de segundo grau"): tem a finalidade de modificar o texto da Constituição Estadual, implementando as reformas necessárias e justificadas e nos limites colocados na própria Constituição Estadual (nesse sentido, por derivar de um poder que já derivou de outro, caracteriza-se como de segundo grau)[18] e na federal.

Pois bem, em relação à capacidade de auto-organização, prevista no art. 25, caput, da CF/1988, foi categórico o poder constituinte originário ao definir que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". Esta última parte do texto demonstra, claramente, o caráter de derivação e vinculação do poder decorrente em relação ao originário; vale dizer, os Estados têm a capacidade de auto organizar-se, desde que, é claro, observem as regras que foram estabelecidas pelo poder constituinte originário. Havendo afronta, estaremos diante de um vício formal ou material, caracterizador da inconstitucionalidade.

E o que deve ser entendido por princípios desta Constituição? Quais são os limites à manifestação do poder constituinte derivado decorrente? Em interessante síntese, da qual nos valemos, Uadi Lammêgo Bulos fixa, como limites à manifestação do poder constituinte

---

[17] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Poder constituinte dos estados-membros.*.

[18] Anna Cândida observa que o poder constituinte de revisão estadual pode ser normal ou extraordinário (anômalo). Será normal quando "previsto na própria Constituição Estadual" e "exercido nos moldes e para os fins nela apontados", dentro dos condicionamentos nesta estabelecidos e, também, observando os limites da Constituição Federal. Será extraordinário (ou anômalo), quando a reforma (revisão) estadual for impulsionada por uma reforma na Constituição Federal. E conclui: "a fonte ou o fundamento do poder de revisão normal é a Constituição Estadual; o poder de revisão extraordinário tem duplo fundamento: de um lado, a Constituição Federal ou o Constituinte Originário – fundamento primário – e de outro a Constituição Estadual – fonte secundária" (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Poder constituinte dos estados-membros.*).

derivado decorrente, os princípios constitucionais sensíveis, os princípios constitucionais estabelecidos (organizatórios) e os princípios constitucionais extensíveis:[19]

• princípios constitucionais sensíveis: terminologia adotada por Pontes de Miranda; encontram-se expressos na Constituição, daí serem também denominados princípios apontados ou enumerados. Nesse sentido, os Estados-Membros, ao elaborar as suas constituições e leis, deverão observar os limites fixados no art. 34, VII, "a" – "e", da CF/1988, sob pena de, declarada a inconstitucionalidade da referida norma e a sua suspensão insuficiente para o restabelecimento da normalidade, ser decretada a intervenção federal no Estado (a este assunto voltaremos no item 6.7.5, quando estudarmos a ADI interventiva, no capítulo sobre o controle de constitucionalidade);

• princípios constitucionais estabelecidos (organizatórios): segundo Bulos, "... são aqueles que limitam, vedam, ou proíbem a ação indiscriminada do Poder Constituinte Decorrente. Por isso mesmo, funcionam como balizas reguladoras da capacidade de auto-organização dos Estados [...] podem ser extraídos da interpretação do conjunto de normas centrais, dispersas no Texto Supremo de 1988, que tratam, por exemplo, da repartição de competência, do sistema tributário nacional, da organização dos Poderes, dos direitos políticos, da nacionalidade, dos direitos e garantias individuais, dos direitos sociais, da ordem econômica, da educação, da saúde, do desporto, da família, da cultura etc.". O autor os divide em três tipos: a) limites explícitos vedatórios: proíbem os Estados de praticar atos ou procedimentos contrários ao fixado pelo poder constituinte originário – ex.: art. 19, art. 35, art. 150 e art. 152, ou limites explícitos mandatórios: restrições à liberdade de organização – ex.: art. 18, § 4º, art. 29, art. 31, § 1º, art. 37 ao art. 42, art. 92 ao art. 96, art. 98, art. 99, art. 125, § 2º, art. 127 ao art. 130, art. 132, art. 134, art. 135, art. 144, IV e V, § 4º ao § 7º; b) limites inerentes: implícitos ou tácitos, vedam qualquer possibilidade de invasão de competência por parte dos Estados-Membros; c) limites decorrentes: decorrem de disposições expressas – ex.: necessidade de observância do princípio federativo, do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano (art. 1º, caput); da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da igualdade (art. 5º, caput); da legalidade (art. 5º, II); da moralidade (art. 37), do combate às desigualdades regionais (art. 43), etc;

• princípios constitucionais extensíveis: mais uma vez na conceituação de Bulos, "são aqueles que integram a estrutura da federação brasileira, relacionando-se, por exemplo, com a forma de investidura em cargos eletivos (art. 77), o processo legislativo (art. 59 e s.),[20] os orçamentos (art. 165 e s.), os preceitos ligados à Administração Pública (art. 37 e s.) etc.".

---

[19] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

[20] Nesse sentido, destacamos interessante precedente em relação à iniciativa reservada de projeto de Lei pelo Chefe do Poder Executivo estadual (aplicando-se, simetricamente, o art. 61, § 1º, I e II, da CF/1988 – cf. item 9.13.3.3): "A CF, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno – art. 25, caput –, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo. O legislador estadual não pode usurpar a iniciativa legislativa do chefe do Executivo, dispondo sobre

Finalmente, é de lembrar que o exercício do poder constituinte derivado decorrente foi concedido às Assembleias Legislativas, nos termos do art. 11, caput, do ADCT, que diz: "Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta" (destacamos).

4.5.3.2 Distrito Federal

O Distrito Federal, de acordo com o art. 32, caput, da CF/1988, será regido por Lei Orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de 10 dias e aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa, que a promulgará. Tal Lei Orgânica deverá obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição Federal.[21]

Dessa forma, embora a posição particular ocupada pelo DF na Federação, já que a sua autonomia é parcialmente tutelada pela União (art. 21, XIII e XIV, e art. 22, XVII), além de acumular competências legislativas reservadas tanto aos Estados como aos Municípios (art. 32, § 1º), a vinculação, da Lei Orgânica será diretamente com a CF.

Nesse sentido, em interessante demonstração, o Min. Carlos Britto afirmou que, "conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios" (ADI 3.756, j. 2007, DJ de 2007).

Assim, na medida em que a derivação é direta em relação à Constituição Federal, parece razoável afirmarmos, mudando de posição firmada em edições anteriores à 13ª,[22] que, no âmbito do DF, verifica-se a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, qual seja, a competência que o DF tem para elaborar a sua Lei Orgânica (verdadeira Constituição distrital) ou modificá-la, sujeitando-se aos mesmos limites já apontados para os Estados-Membros e, pois, aplicando-se, por analogia, o art. 11, do ADCT.[23]

Por esse motivo, é perfeitamente possível o controle concentrado no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) tendo como paradigma a Lei Orgânica

---

as matérias reservadas a essa iniciativa privativa. Precedentes" (ADI 1.594, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008, Plenário, DJE de 2008).

[21] Trata-se, da Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1993, publicada no DODF, de 1993, cujos art. 1º e art. 2º, corroborando o preceituado na Lei Maior, prescrevem que o DF, no Plenário exercício de sua autonomia política, administrativa e financeira, observados os princípios constitucionais, reger-se-á pela referida Lei Orgânica e integrará a união indissolúvel da República Federativa do Brasil.

[22] À época, chegamos a escrever: "o critério por nós escolhido é o jurídico-formal, no sentido de que só os Estados-membros elaboram suas Constituições através da manifestação do poder constituinte derivado decorrente. Distrito Federal e Municípios regem-se por Lei Orgânica, que nada tem de parecido (do ponto de vista formal) com a Constituição de um Estado (Federal ou Federado)". Contudo, conforme esclarecemos acima, mudamos de opinião. Encontramos determinada prova do Constituição Estadual SPE/UnB na linha do que sustentávamos (vide questão na plataforma on-line – modelo tradicional – PDF – Magistratura/TRF1/2009), mas deixando claro que se tratava do critério jurídico-formal.

[23] SAMPAIO, José Adércio Leite: *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.*

do DF, com a mesma natureza das Constituições Estaduais, regra essa, inclusive, introduzida, de modo expresso, no art. 30, da Lei nº 9.868/1999 e, também, na Lei nº 11.697/2008, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do STF:

"EMENTA: Antes de adentrar no mérito da questão aqui debatida, anoto que, muito embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2º, que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. Por essa razão, entendo que se mostrava cabível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo MPDFT no caso em exame" (RE 577.025, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, Plenário, DJE de 2009).

4.5.3.3 Municípios: manifestação do poder constituinte derivado decorrente?

Não.

Os Municípios (que por força dos art. 1º e art. 18, da CF/1988 fazem parte da Federação brasileira, sendo, portanto, autônomos em relação aos outros componentes, na medida em que também têm autonomia "F.A.P." – financeira, administrativa e política) elaborarão Leis Orgânicas como se fossem "Constituições Municipais".

Desse modo, a capacidade de auto-organização municipal está delimitada no art. 29, caput, da CF/1988, e seu exercício caberá à Câmara Municipal, nos termos do parágrafo único do art. 11, do ADCT: "promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de 6 meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual" (destacamos).

Como se observa, o respeito ao conteúdo dar-se-á tanto em relação à Constituição Estadual como à Federal, obedecendo, desta feita, como advertiram Araujo e Nunes, "a dois graus de imposição legislativa constitucional". Em virtude disso e trazendo à baila entendimento jurisprudencial emanado pelo TJSP, os autores concluem que "o poder constituinte decorrente, conferido aos Estados-membros da Federação, não foi estendido aos Municípios" (destacamos).[24]

[24] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

Nesse sentido, Noemia Porto assinala: "o poder constituinte derivado decorrente deve ser de segundo grau, tal como acontece com o poder revisor e o poder reformador, isto é, encontrar sua fonte de legitimidade direta da Constituição Federal. No caso dos Municípios, porém, se descortina um poder de terceiro grau, porque mantém relação de subordinação com o poder constituinte estadual e o federal, ou, em outras palavras, observa necessariamente dois graus de imposição legislativa constitucional. Não basta, portanto, ser componente da federação, sendo necessário que o poder de auto-organização decorra diretamente do poder constituinte originário. Assim, o poder constituinte decorrente, conferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal, não se faz na órbita dos Municípios. Por essa razão, ato local questionado em face, da Lei Orgânica Municipal enseja controle de legalidade, e não de constitucionalidade".[25]

4.5.3.4 Territórios Federais: manifestação do poder constituinte derivado decorrente?

Não.

Os Territórios Federais (que, como veremos, hoje não mais existem, mas poderão vir a ser criados), de acordo com o art. 18, § 2º, integram a União, não se falando em autonomia federativa, e, portanto, não se cogitando em manifestação de poder constituinte derivado decorrente. Trata-se de descentralização administrativo-territorial da União, com natureza jurídica de autarquia federal.

Por todo o exposto, devemos concluir que o poder constituinte derivado decorrente (para aqueles que aceitam caracterizá-lo como constituinte – vide comentário de Celso Bastos em nota anterior) é apenas o poder que os Estados-Membros, por meio das Assembleias Legislativas, têm de elaborar e modificar as suas Constituições Estaduais, bem como o Distrito Federal, por meio da Câmara Legislativa, de elaborar e modificar a sua Lei Orgânica, devendo, ambas, obedecer aos limites impostos pela Constituição Federal, nos exatos termos dos art. 25, caput e art. 32, caput, da CF/1988.[26]

Essa particularidade, contudo, não se estende aos Municípios, como visto acima, e muito menos aos Territórios Federais que eventualmente venham a ser criados.

4.5.4 Poder constituinte derivado revisor

---

[25] PORTO, Noemia Aparecida Garcia: *Temas relevantes de direito constitucional* (original sem grifos).

[26] Este, inclusive, parece-nos ser o entendimento de IVO, Gabriel: *Constituição Estadual*, ao conceituar poder constituinte decorrente.

O poder constituinte derivado revisor, assim como o reformador e o decorrente, é fruto do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele vinculado. É, ainda, um "poder" condicionado e limitado às regras instituídas pelo originário, sendo, assim, um poder jurídico.

Como advertimos, melhor seria a utilização da nomenclatura competência de revisão, na medida em que não se trata, necessariamente, de um "poder", uma vez que o processo de revisão está limitado por uma força maior que é o poder constituinte originário, este sim um verdadeiro poder, inicial e ilimitado, totalmente autônomo do ponto de vista jurídico.

O art. 3º, do ADCT determinou que a revisão constitucional seria realizada após 5 anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Instituiu-se um particular procedimento simplificado de alteração do texto constitucional, excepcionando a regra geral das PECs, que exige aprovação por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa, e obedecendo, assim, às regras da bicameralidade (art. 60, § 2º).

O procedimento da revisão foi disciplinado na Res. nº 1-RCF, do Congresso Nacional, de 1993 (alterada pela Res. nº 2/1993-RCF, e pela Res. nº 1/1994-RCF), que dispôs sobre o funcionamento dos trabalhos de revisão constitucional.

O art. 3º, do ADCT introduziu verdadeira competência de revisão para "atualizar" e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias, não estando a aludida revisão vinculada ao resultado do plebiscito do art. 2º, do ADCT (que admitia a volta à monarquia e ao parlamentarismo).

Como o próprio texto constitucional prescreve, após 5 anos, contados de 05.10.1988, seria realizada uma revisão na Constituição. Desde já observamos que referida revisão constitucional deveria dar-se após, pelo menos, 5 anos, podendo ser 6, 7, 8... e apenas uma única vez, sendo impossível uma segunda produção de efeitos.

Em se tratando de manifestação de um "poder" derivado, os limites foram estabelecidos pelo poder constituinte originário. Muito se questionou a respeito da amplitude desses limites. Teorias surgiram apontando uma ilimitação total; outras apontando a condicionalidade da produção da revisão desde que o plebiscito previsto no art. 2º, do ADCT modificasse a forma ou sistema de governo. A teoria que prevaleceu foi a que fixou como limite material o mesmo determinado ao poder constituinte derivado reformador, qual seja, o limite material fixado nas "cláusulas pétreas" do art. 60, § 4º, da CF/1988, vale lembrar, a proibição de emendas tendentes a abolir:

- a forma federativa de Estado;
- o voto direto, secreto, universal e periódico;
- a separação dos Poderes;
- os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, o art. 4º, § 3º, da referida Res. nº 1-RCF determinou ser vedada a apresentação de propostas revisionais que:

• incidam na proibição constante do art. 60, § 4º da Constituição (as já comentadas cláusulas pétreas);

• substituam integralmente a Constituição;

• digam respeito a mais de um dispositivo, a não ser que se trate de modificações correlatas;

• contrariem a forma republicana de Estado e o sistema presidencialista de governo.

Interessante notar que a Res. nº 1-RCF (art. 4º, I e II, e § 4º e § 5º), diferentemente do art. 60, I, II e III, da CF/1988, dispôs sobre a possibilidade de oferecimento de propostas revisionais:

• por qualquer congressista;

• por representação partidária com assento no Congresso Nacional, por meio de líder;

• pelas Assembleias Legislativas de 3 ou mais Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria de seus membros;

• pela apresentação de proposta revisional popular, desde que subscrita por 15.000 ou mais eleitores, em listas organizadas por, no mínimo, 3 entidades associativas legalmente constituídas, que se responsabilizaram pela idoneidade das assinaturas, obedecidas condições fixadas na resolução.

Ainda, não obstante o procedimento simplificado prescrito no art. 3º, do ADCT (*quorum* da maioria absoluta e sessão unicameral, ou seja, os deputados e senadores, durante a revisão, passam a ser tratados, sem qualquer distinção, como congressistas revisores), o art. 13 da Res. nº 1-RCF estabeleceu a votação das matérias em 2 turnos.

No ordenamento jurídico pátrio, a competência revisional do art. 3º, do ADCT proporcionou a elaboração de meras 6 Emendas Constitucionais de Revisão (nº 1/1994 – DOU, 1994 –, e as de nº 2 a nº 6/1994, publicadas no DOU em 1994), não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado revisor em razão da eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada da aludida regra.

Todo esse entendimento foi corroborado pelo STF, destacando-se o seguinte julgado:

"EMENTA: [...]. Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a "revisão" prevista no art. 3º, do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no § 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1993 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º, do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita "uma só vez". As mudanças na Constituição, decorrentes da "revisão" do art. 3º, do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das

"cláusulas pétreas" consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei magna de 1988" (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 1993, Plenário, DJ de 1994).

Mas, afinal, qual a diferença entre o poder constituinte derivado reformador e o poder constituinte derivado revisor?

4.6 Poder Constituinte Difuso

O poder constituinte difuso[27] pode ser caracterizado como um poder de fato e que serve de fundamento para os mecanismos de atuação da mutação constitucional (tema estudado no capítulo 3, sobre hermenêutica).[28]

Se por um lado a mudança implementada pelo poder constituinte derivado reformador se verifica de modo formal, palpável, por intermédio das emendas à Constituição, a modificação produzida pelo poder constituinte difuso se instrumentaliza de modo informal e espontâneo, como verdadeiro poder de fato, e que decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos, encontrando-se em estado de latência. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição, alterando-se o seu sentido interpretativo, e não o seu texto, que permanece intacto e com a mesma literalidade.

Nesse sentido, anota Anna Cândida da Cunha Ferraz, "tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do poder constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau".[29] E continua: "destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do Constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui, da Lei fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado".[30]

---

[27] Segundo anota Bulos, lembrando Georges Burdeau (Traité de science politique), "é chamado de difuso porque não vem formalizado nas constituições. Mesmo assim, está presente na vida dos ordenamentos jurídicos" (BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*.).

[28] Nesse sentido, aceitando a ideia de poder constituinte difuso, cf. José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular. Por outro lado, muito embora reconheçam que as Constituições não estão (nem devem estar) imunes ao tempo, caracterizando-se como "verdadeiros organismos vivos" (living Constitution), "com condições de se adaptarem às mudanças no ambiente que as circundam", Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento alertam: "sem embargo, não se deve levar ao extremo a possibilidade de mutação constitucional, concebendo-a como o resultado do exercício de uma espécie de poder constituinte difuso, como chegou a preconizar Georges Burdeau, sobretudo num contexto, como o brasileiro, em que as alterações formais na Constituição não são tão difíceis" (SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular*).

[29] Cf. BURDEAU, Georges: *Traité de science politique*. Em tradução livre apresentada por Barroso, escreveu Burdeau: "se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as Constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo" (BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*).

[30] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Processos informais de mudanças da Constituição.* (original sem grifos).

Nesses mesmos termos, conclui Barroso que "além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento dos costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais".[31]

Mendes, Coelho e Branco constatam que, "... por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional".[32]

Naturalmente, a mutação e a nova interpretação não poderão macular os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de se caracterizar inaceitável interpretação inconstitucional e, portanto, combatida mutação inconstitucional.

4.7 Poder constituinte supranacional

O poder constituinte supranacional[33] busca a sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania.[34]

Segundo Maurício Andreiuolo Rodrigues, agindo de fora para dentro, o poder constituinte supranacional busca estabelecer uma Constituição supranacional legítima: "faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional".[35]

---

[31] BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*.

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

[33] Walter Claudius Rothenburg prefere denominá-lo transnacional: "sem abdicar do Estado nacional e, portanto, a partir, mas além, do Estado nacional" (ROTHENBURG, Walter Claudius: *Direito constitucional*.).

[34] CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional*.

[35] RODRIGUES, Maurício Andreiuolo: *Poder constituinte supranacional*, apud CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional*.

Em interessante estudo, Marcelo Neves demonstra a tendência mundial de superação do "constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo", mais adequado para solução dos problemas de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima de poder.[36]

Não há dúvida de que o tema terá de ser aprofundado e repensado, especialmente diante dessa tendência de globalização do direito constitucional, chegando alguns autores, como Canotilho (com base em Lucas Pires), a sugerir, inclusive, a formulação da denominada teoria da interconstitucionalidade, na busca de estudar "as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político".[37]

Analisando a União Europeia, Souza Neto e Sarmento vislumbram "[...] um processo de "constitucionalização" do Direito Comunitário europeu, pelo qual este vem ganhando características *sui generis*, que se aproximam daquelas tradicionalmente atribuídas às constituições estatais. Porém, não há como vislumbrar, pelo menos até o momento, a existência de um verdadeiro poder constituinte europeu, sobretudo no sentido de democrático, de um poder constituinte do povo".[38]

Em sentido oposto, os reflexos do episódio que ficou conhecido como "Brexit" (Britain + exit), ou seja, a decisão de retirada do Reino Unido da União Europeia, também terão de ser observados. No dito "referendo" realizado em 23.06.2016 (entendemos tratar-se de plebiscito, pois a retirada ainda dependia de formalidades ditadas pelo art. 51 do Tratado da União Europeia), com 51,89% dos votos, a maioria dos britânicos manifestou-se pelo Brexit (leave), contra 48,11%, que sustentavam a permanência (remain).

Como se sabe, em 31.01.2020, o Reino Unido deixou formalmente a União Europeia, iniciando, então, o período de transição, ou melhor, de implementação, durante o qual muito ainda deverá ser discutido e ajustado.

4.8 Nova Constituição e ordem jurídica anterior

Após estudarmos o tema do Poder Constituinte, devemos analisar o que acontece com as normas que foram produzidas na vigência da Constituição anterior com o advento de uma nova Constituição, um novo Estado. Elas são revogadas? Perdem a validade? Devem ser novamente editadas?

Estamos diante de um dos temas mais fascinantes do direito, qual seja, o do direito intertemporal *lato sensu*, vale dizer, a relação do direito com passado, presente e futuro. Aponta Carlyle Popp que sua importância social reside no tocante à "segurança dos cidadãos

---

[36] NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*.
[37] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.
[38] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel: *Direito constitucional*.

no que concerne ao passado... O respeito ao direito adquirido, com a consequente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste".[39]

Nesse sentido, enfatizando o possível arbítrio, o abuso dos governantes, assinala Pontes de Miranda que "a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência".[40]

4.8.1 Recepção

O que acontecerá com as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição?

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, a *contrario sensu*, a norma infraconstitucional (pré-constitucional), que não contrariar a nova ordem, será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma outra "roupagem". Como exemplo lembramos o CTN (Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/1966), que, embora tenha sido elaborado com natureza jurídica de Lei Ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como Lei Complementar, sendo que os ditames que tratam das matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF/1988 só poderão ser alterados por Lei Complementar, aprovada com o *quorum* da maioria absoluta (art. 69).

Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação, da Lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

Nessa situação, acrescente-se, inadmite-se a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), por falta de previsão no art. 102, I, "a", da CF/1988. O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de relação de contemporaneidade entre o ato normativo editado e a Constituição tomada como parâmetro ou paradigma de confronto (ADI 7, j. 1992, Plenário).

Deve-se destacar desde já, contudo, que, apesar de não ser cabível o aludido controle de constitucionalidade concentrado pela via da ação direta de inconstitucionalidade genérica, será perfeitamente cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, introduzida pela Lei nº 9.882/1999.[41]

4.8.1.1 Inconstitucionalidade superveniente?

---

[39] POPP, Carlyle: *A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos*.

[40] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários à Constituição de 1946.*

[41] Estudaremos melhor esse tema ao tratar do "controle de constitucionalidade" no item 6.7.3.

Por todo o exposto, fica claro que o STF não admite o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição e perante o novo paradigma.

Nesse caso, ou se fala em compatibilidade e aí haverá recepção, ou em revogação por inexistência de recepção.

Estamos diante da noção de contemporaneidade, ou seja, uma Lei só é constitucional ou inconstitucional perante o paradigma de confronto em relação ao qual ela foi produzida (para aprofundamento, cf. item 6.1.5).

4.8.1.2 Uma Lei que fere o processo legislativo previsto na Constituição sob cuja regência foi editada, mas que, até o advento da nova Constituição, nunca fora objeto de controle de constitucionalidade, poderá ser recebida pela nova Constituição se com ela for compatível?

A questão, pela primeira vez, foi objeto de pergunta no concurso público da PFN (2005/2006-ESAF), gerando muita discussão. Apareceu, também, em outros momentos como, para se ter um exemplo, em certame elaborado pelo Constituição Estadual SP/UnB no concurso de Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados de 2014.

No entender de parte da doutrina, se a Lei produzida antes de 1988 ainda não tivesse sido declarada inconstitucional na vigência do antigo ordenamento, teoricamente, como ela se presume constitucional, poderia ser recebida pelo novo ordenamento se com ele fosse compatível do ponto de vista meramente material.

Contudo, parece-nos que o Judiciário, ao fazer a análise da recepção, terá de verificar, também, se a Lei que pretende ser recebida pelo novo ordenamento era compatível, não só do ponto de vista formal, como, também, material, com a Constituição sob cuja regência foi editada.

Sobre esse tema, assinala Paulo G. G. Branco: “uma vez que vigora o princípio de que, em tese, a inconstitucionalidade gera a nulidade – absoluta –, da Lei, uma norma na situação em tela já era nula desde quando editada, pouco importando a compatibilidade material com a nova Constituição, que não revigora diplomas nulos”.[42]

Trata-se, como se verificou, da noção de contemporaneidade, e a Lei que “nasceu maculada” possui vício congênito, insanável, impossível de ser corrigido pelo fenômeno da recepção. O vício *ab origine* nulifica a lei, tornando-a ineficaz ou írrita.

---

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

Como exemplo, podemos citar a discussão sobre a possibilidade de DLdispor sobre o regime do PIS no ordenamento jurídico anterior (Constituição Federal de 1967/1969).

Conforme decidiu o STF, no regime anterior (sendo diferente a regra perante o texto de 1988, que nem mais prevê a figura do DLe admite que as contribuições já discriminadas no art. 195, I – IV, podem ser regulamentadas por Lei Ordinária – cf. item 19.2.5), referido ato normativo podia dispor sobre normas tributárias.

Todavia, conforme entendeu o STF, como o PIS, então, não tinha essa natureza, mas a de contribuição, pela regra específica do regime anterior, deveria ser regulamentado por Lei Complementar, concluindo, então, pelo vício formal de sua instituição, pelos Decretos-leis nº 2.445/1988 e 2.449/1988 (lembrando que o novo texto constitucional foi promulgado em outubro/1988).

Assim, como havia incompatibilidade formal perante o texto sob cuja regência referidos Decretos-leis foram editados, não se poderia falar em recepção pelo novo ordenamento.

A análise se deu no caso concreto (difuso), no RE 148.754. Sustentamos a possibilidade do uso da ADPF para a análise em abstrato de recepção de atos editados antes do novo ordenamento (como se confirmou no julgamento da ADPF 130/2009, pela qual o STF declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) é incompatível com a atual ordem constitucional, tendo sido, portanto, revogada pelo novo ordenamento).

Nessa linha de entendimento, uma Lei anterior que nasceu inconstitucional não será "consertada" pela nova Constituição, não será convalidada. Assim, não se admite o fenômeno da "constitucionalidade superveniente".

Podemos concluir que, para uma Lei ser recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, deverá preencher os seguintes requisitos:

- estar em vigor no momento do advento da nova Constituição;
- não ter sido declarada inconstitucional durante a sua vigência no ordenamento anterior;
- ter compatibilidade formal e material perante a Constituição sob cuja regência ela foi editada (no ordenamento anterior);
- ter compatibilidade somente material perante a nova Constituição, pouco importando a compatibilidade formal.

4.8.1.3 Características conclusivas sobre o fenômeno da recepção

Diante do acima exposto, podemos estabelecer algumas regras sobre o fenômeno da recepção:

• no fenômeno da recepção, só se analisa a compatibilidade material perante a nova Constituição;

• a lei, para ser recebida, como vimos no item anterior, precisa ter compatibilidade formal e material perante a Constituição sob cuja regência ela foi editada;

• como a análise perante o novo ordenamento é somente do ponto de vista material, uma Lei pode ter sido editada como ordinária e ser recebida como complementar ("nova roupagem");

• em complemento, um ato normativo que deixe de ter previsão no novo ordenamento também poderá ser recebido. É o caso, por exemplo, do decreto-lei, que não mais existe perante o ordenamento de 1988: o Código Penal (DL nº 2.848/1940) foi recebido como Lei Ordinária;

• se incompatível, a Lei anterior será revogada, não se falando em inconstitucionalidade superveniente;

• nesse caso, a técnica de controle ou é pelo sistema difuso ou pelo concentrado, mas, neste último caso, somente por meio da ADPF. Isso porque só se fala em ADI de uma Lei editada a partir de 1988 e perante a CF/1988 (contemporaneidade);

• é possível, também, mudança de competência federativa para legislar, ou seja, matéria que era de competência da União pode perfeitamente passar a ser de competência legislativa dos Estados-Membros (como exemplo, citamos a instituição de região metropolitana que, na atual Constituição, passou a ser de competência estadual – art. 25, § 3º, da CF/1988. Cf. discussão no item 7.5.5);

• é possível, ainda, a recepção de somente parte de uma lei, como um artigo, um parágrafo, etc;

• a recepção ou a revogação acontecem no momento da promulgação do novo texto. Entendemos, contudo, que o STF poderá modular os efeitos da decisão, declarando a partir de quando a sua decisão passa a valer. Nesse caso, a aplicação da técnica da modulação poderia se implementar tanto no controle difuso como no controle concentrado por meio da ADPF (cf. item 6.7.3.7).

4.8.2 Repristinação

Vejamos a situação: uma norma produzida na vigência, da CF/1988/1946 não é recepcionada pela de 1967, pois incompatível com ela. Promulgada a CF/1988, verifica-se que aquela lei, produzida na vigência, da CF/1988/1946 (que fora revogada – não recepcionada – pela de 1967), em tese poderia ser recepcionada pela CF/1988, visto que totalmente compatível com ela. Nessa situação, poderia aquela lei, produzida durante a CF/1946, voltar a produzir efeitos? Ou seja, repristinaria? Como regra geral, o Brasil adotou

a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica expressamente assim se pronunciar.

Nesse sentido, destacamos o posicionamento do STF sobre o assunto:

"EMENTA: Agravo regimental – Não tem razão o agravante. A recepção de Lei Ordinária como Lei Complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil – atualmente, acrescente-se, nos termos, da Lei nº 12.376/2010, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Agravo a que se nega provimento" (AGRAG 235.800/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1999, 1ª T. – original sem grifos).

O tema aqui em estudo (repristinação) não deve ser confundido com o chamado "efeito repristinatório", decorrente da declaração de inconstitucionalidade, que será estudado no item 6.7.1.17.3 Entendemos, contudo, oportuno já fazer essa distinção, remetendo o nosso ilustre leitor para a plataforma.

4.8.3 Desconstitucionalização

Trata-se do fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o status de Lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o status de norma infraconstitucional pela nova ordem.

Fernanda Dias Menezes de Almeida e Anna Cândida da Cunha Ferraz, em trabalho extremamente interessante, observam que, "surgida na França e aceita por juristas como Carré de Malberg, Duguit, Esmein, Jellinek, Carl Schmitt e, entre nós, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, a doutrina da desconstitucionalização afirma a possibilidade de sobrevivência de certos dispositivos da Constituição que perde a validade, não, porém, com o caráter de normas constitucionais, e sim como normas ordinárias".[43]

Exposta a doutrina, resta indagar: o fenômeno da desconstitucionalização é verificado no Brasil? Como regra geral, não. No entanto, poderá ser percebido quando a nova Constituição, expressamente, assim o requerer, tendo em vista ser o poder constituinte originário ilimitado e autônomo do ponto de vista jurídico. A Constituição pode prever o aludido fenômeno desde que o faça, como referido, de maneira inequívoca e expressa.

---

[43] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Efeitos da Constituição sobre o direito anterior*.

Os exemplos trazidos pelas professoras do Largo São Francisco são: a) Portugal: art. 292 da Constituição de 1976; b) Brasil: dentre outros, o art. 147 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967, nos seguintes termos: "consideram-se vigentes, com o caráter de Lei Ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 1947 que não contrariem esta Constituição".

4.8.4 Recepção material de normas constitucionais

Fernanda Dias Menezes de Almeida e Anna Cândida da Cunha Ferraz resgataram o fenômeno da recepção material das normas constitucionais de acordo com a doutrina do Professor Jorge Miranda, apontando outra possibilidade além do já mencionado fenômeno da desconstitucionalização: "a da persistência de normas constitucionais anteriores que guardam, se bem que a título secundário, a antiga qualidade de normas constitucionais. Assim, diz o eminente professor (Jorge Miranda), "a par das normas que são direta expressão da nova ideia de Direito e que ficam sendo o núcleo da Constituição formal, perduram, então, por referência a elas, outras normas constitucionais" (cf. MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional.*)".[44]

Como exemplo, também colacionado pelas ilustres professoras, lembramos o art. 34, caput, e seu § 1º, do ADCT, da CF/1988, que asseguram, expressamente, a continuidade da vigência de artigos da Constituição anterior, com o caráter de norma constitucional, no novo ordenamento jurídico instaurado.[45]

Note-se, porém, que referidas normas são recebidas por prazo certo, em razão de seu caráter precário, características marcantes no fenômeno da recepção material das normas constitucionais.

Desde já, porém, há de se observar que pela própria teoria do poder constituinte originário exposta, que rompe por completo com a antiga ordem jurídica, instaurando uma nova, um novo Estado, o fenômeno da recepção material só será admitido se houver expressa manifestação da nova Constituição; caso contrário, as normas da Constituição anterior, como visto, serão revogadas.

Isso porque, explica José Afonso da Silva, está-se diante da regra da compatibilidade horizontal de normas de mesma hierarquia. A posterior revoga a anterior, não podendo conviver com aquela simultaneamente, mesmo que não seja com ela incompatível. A

---

[44] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Efeitos da Constituição sobre o direito anterior*.

[45] "Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/1969, e pelas posteriores. § 1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os art. 148 ao art. 150, art. 154, I, art. 156, III, e art. 159, I, "c", revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III."

revogação se concretiza com a simples manifestação do poder constituinte originário (*lex posterior derogat priori* – Lei posterior derroga a Lei anterior).[46]

4.9 Poder constituinte e direito adquirido. Graus de retroatividade da norma constitucional: Máximo, médio ou mínimo?

Para facilitar o estudo do tema, valemo-nos de interessante compilação feita pelo Ministro Moreira Alves na ADI 493, ao destacar o magistério de José Carlos de Matos Peixoto:

• retroatividade máxima ou restitutória: a Lei ataca fatos consumados. Verifica-se "quando a Lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados". Como exemplo, lembramos o art. 96, parágrafo único, da Carta de 1937, que permitia ao Parlamento rever a decisão do STF que declarara a inconstitucionalidade de uma lei;

• retroatividade média: "a Lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela". Ou seja, a Lei nova atinge as prestações vencidas, mas ainda não adimplidas. Como exemplo o autor cita uma "lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos" (prestação vencida, mas ainda não adimplida);

• retroatividade mínima, temperada ou mitigada: "... a Lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor". Trata-se de prestações futuras de negócios firmados antes do advento da nova lei.

O STF vem se posicionando no sentido de que as normas constitucionais fruto da manifestação do poder constituinte originário têm, por regra geral, retroatividade mínima, ou seja, aplicam-se a fatos que venham a acontecer após a sua promulgação, referentes a negócios passados.

Podemos mencionar o art. 7º, IV, que, ao vedar a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, significou que a nova regra deverá valer para fatos e prestações futuras de negócios celebrados antes de sua vigência (prestações periódicas). Nesse sentido:

"EMENTA: Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição de 1988. Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 140.499/GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1994).

---

[46] SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

Como outro exemplo de retroatividade mínima, lembramos a nova regra trazida pela EC nº 35/2001, que, dentre outras, acabou com a necessidade de prévia licença da Casa para o processamento dos parlamentares. O STF entendeu que a nova regra que dispensa a prévia autorização tem aplicação imediata, alcançando todos os casos que aguardavam manifestação das Casas, vale dizer, referentes a fatos ocorridos antes do advento da nova emenda constitucional.

Sendo regra, portanto, a retroatividade mínima, nada impede que a norma constitucional revolucionária, já que manifestação do poder constituinte originário ilimitado e incondicionado juridicamente, tenha retroatividade média ou máxima. Para tanto, contudo, deve existir expresso pedido na Constituição. Vejamos:

"EMENTA: Foro especial. Prefeito que não o tinha na época do fato que lhe é imputado como crime, estando em curso a ação penal quando da promulgação da atual Constituição que outorgou aos Prefeitos foro especial (art. 29, X, da Constituição Federal). A Constituição tem eficácia imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Para alcançar, porém, hipótese em que, no passado, não havia foro especial que só foi outorgado quando o réu não mais era Prefeito – hipótese que configura retroatividade média, por estar tramitando o processo penal –, seria mister que a Constituição o determinasse expressamente, o que não ocorre no caso. Por outro lado, não é de aplicar-se sequer o princípio que inspirou a Súmula 394.[47] Recurso extraordinário não conhecido" (RE 168.618/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1994, 1ª T., DJ de 1995).

Como se percebe, outra coisa seria se, pendente a ação em relação a fato passado (antes, da CF/1988), o referido réu ainda fosse Prefeito. Nessa hipótese sim, sem dúvida, deveriam os autos ser remetidos para o TJ local, já que a nova Constituição atingiria a situação atual (estar no cargo de Prefeito), referente a crime praticado no passado.

Assim, podemos esquematizar:

• as normas constitucionais, por regra, têm retroatividade mínima, aplicando-se a fatos ocorridos a partir de seu advento, mesmo que relacionados a negócios celebrados no passado – ex.: art. 7º, IV;

• é possível a retroatividade máxima e média da norma introduzida pelo constituinte originário desde que haja expressa previsão, como é o caso do art. 51, do ADCT, da CF/1988. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência afirmam que não há direito adquirido contra a Constituição;

• por outro lado, as Constituições Estaduais (poder constituinte derivado decorrente – limitado juridicamente) e demais dispositivos legais, vale dizer, as leis infraconstitucionais, bem como as emendas à Constituição (fruto do poder constituinte derivado reformador,

[47] Alertamos que o STF, no julgamento da questão de ordem no Inq. 687/1999, cancelou a Súmula 394. Cf. esse assunto e a discussão sobre a prerrogativa de foro no item 9.9.2.3.

também limitado juridicamente), estão sujeitos à observância do princípio constitucional da irretroatividade, da Lei (retroatividade mínima) (art. 5º, XXXVI – "lei" em sentido amplo), com pequenas exceções, como a regra, da Lei penal nova que beneficia o réu (nesse sentido, cf. AI 292.979-ED, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2002).[48]

[48] Em outro caso, o STF entendeu, afastando o art. 5º, XXXVI, que "... normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida" (cf. RE 164.836, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 2006; RE 136.901, DJ de 2006; RE 167.987, DJ de 2006; RE 170.484, DJ de 2006).

5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sumário: 5.1 Eficácia jurídica e eficácia social. 5.2 Normas constitucionais de eficácia plena. 5.3 Normas constitucionais de eficácia contida. 5.4 Normas constitucionais de eficácia limitada. 5.5 A classificação de Maria Helena Diniz. 5.6 A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto. 5.7 Normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada. 5.8 Normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e o gradualismo eficacial das normas constitucionais. 5.9 Eficácia e aplicabilidade na jurisprudência do STF.

5.1 Eficácia jurídica e eficácia social

Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica.

Michel Temer observa que a "eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam".[1]

As normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, podem ser de eficácia: plena, contida e limitada.

Vejamo-las.[2]

5.2 Normas constitucionais de eficácia plena

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese de introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º). Em regra criam órgãos ou

---

[1] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[2] O Professor José Afonso da Silva, do Largo São Francisco (USP), o grande responsável pelo estudo da matéria, tratou do tema de maneira sistemática na primeira edição, em 1967, SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. O trabalho foi escrito para servir de tese ao concurso para provimento da Cátedra de Direito Constitucional na FADUSP, que se realizou em agosto de 1969. Valemo-nos, a seguir, de sua sistematização para apresentar a matéria, na medida em que é a sua teoria que vem sendo perguntada nos concursos, tendo, inclusive, o STF adotado o critério classificatório do autor, conforme RT 723/231. Não podemos deixar de mencionar a crítica feita 37 anos depois por Virgílio Afonso da Silva, em tese pela qual conquistou o cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da FADUSP: cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, especialmente o cap. 6.

atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas. Aproximam-se do que a doutrina clássica norte-americana chamou de normas autoaplicáveis (self-executing, self-enforcing ou self-acting).

José Afonso da Silva destaca que as normas constitucionais de eficácia plena "... são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis".[3]

Como exemplo, lembramos os art. 2º; art. 5º, III; art. 14, § 2º; art. 16; art. 17, § 4º; art. 19 ao art. 22; art. 24; art. 28, caput; art. 30; art. 37, III; art. 44, parágrafo único; art. 45, caput; art. 46, § 1º; art. 51; art. 52; art. 60, § 3º; art. 69; art. 70; art. 76; art. 145, § 2º; art. 155; art. 156; art. 201, § 5º e § 6º (cf. AI 396.695-AgR, DJ de 2004); art. 226, § 1º; art. 230, § 2º (gratuidade de transporte coletivo urbano para os maiores de 65 anos – cf. ADI 3.768, DJ de 2007), todos, da CF/1988. Abaixo, pedimos vênia para destacar o importante reconhecimento, pelo STF, da autonomia da Defensoria Pública Estadual, nos termos da Reforma do Poder Judiciário:

"Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, "c", da Lei nº 12.755/2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação, da EC nº 45/2004: inconstitucionalidade declarada. A EC nº 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC nº 45/2004 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est. (PE) 20/1998: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do Relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a Lei Ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto

[3] SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Em outro momento, o mestre do Largo São Francisco, valendo-se da lição de J. H. Meirelles Teixeira, já havia definido as normas constitucionais de eficácia plena como "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular".

constitucional modificado: precedentes" (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, DJ de 2007).

5.3 Normas constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, ou da entrada em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), produzir todos os seus efeitos, poderá haver a redução de sua abrangência.

Ao contrário do que ocorre com as normas constitucionais de eficácia limitada, como será visto no item seguinte, em relação às quais o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora amplia o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, no tocante às normas constitucionais de eficácia contida percebemos verdadeira limitação (restrição) à eficácia e à aplicabilidade.

A restrição de referidas normas constitucionais pode-se concretizar não só através de Lei infraconstitucional mas, também, em outras situações, pela incidência de normas da própria Constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos (art. 136, § 1º, e art. 139, da CF/1988).

Além da restrição da eficácia das referidas normas de eficácia contida tanto por Lei como por outras normas constitucionais, conforme referido acima, a restrição poderá implementar-se, em outras situações, por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, conceitos vagos cuja redução se efetiva pela Administração Pública.

Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena.

Como exemplo citamos o art. 5º, XIII, da CF/1988, que assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer. Ou seja, garante-se o direito do livre exercício profissional, mas uma lei, por exemplo, o Estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um exame de ordem. Sem essa aprovação, infelizmente, não poderemos exercer a profissão de advogado, sendo apenas bacharéis em direito. O que a Lei infraconstitucional fez foi reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado.

A questão foi posta, e o STF entendeu que "o exame de suficiência discutido seria compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançaria o núcleo essencial da liberdade de ofício. No concernente à adequação do exame à finalidade prevista na Constituição – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade – aduziu-se que a aprovação do

candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional" (RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2011, Plenário, Inf. 646/STF, e, para aprofundamento do estudo, cf. item 12.4.1.5).

Cabe alertar, contudo, conforme estabeleceu a Corte ao analisar referido dispositivo constitucional (art. 5º, XIII), que "nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle.

Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão" (RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2011, Plenário, DJE de 2011 [tema reforçado no julgamento da ADPF 183, j. 2019, DJE de 2019, pendente a apreciação dos embargos de declaração]. No mesmo sentido: RE 795.467-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014; RE 635.023-ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, 2ª T.; RE 509.409, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, decisão monocrática, etc.).

As normas constitucionais que asseguram o direito de greve também devem ser analisadas. A Constituição de 1988 manteve o direito de greve para os trabalhadores em geral (art. 9º) e, pela primeira vez, fez expressa previsão desse direito para os servidores públicos (art. 37, VII). No primeiro caso, a garantia está materializada em norma de eficácia contida, já que o art. 9º, § 1º prescreve que a Lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, reduzindo, assim, a sua amplitude (cf. Lei nº 7.783/1989); no segundo, em norma de eficácia limitada, pois o seu exercício se dará nos termos e nos limites definidos em Lei específica, ainda não editada pelo Congresso Nacional.

Outros exemplos, ainda, podem ser constatados nos incisos VII[4], VIII, XV, XXIV, XXV[5],

---

[4] Alertamos que o Constituição Estadual SPE/UnB, na prova da Polícia Federal de 2014 (conhecimentos básicos, nível superior), considerou referido dispositivo como norma de eficácia limitada. Contudo, em nosso entendimento, a norma prescrita no art. 5º, VII ("é assegurada, nos termos, da Lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva"), tem eficácia contida, e não limitada. Isso porque, ao se estabelecer que a prestação está "assegurada", o direito já se tornou exigível. O que a Lei pode fazer é, eventualmente, prescrever os seus termos, reduzindo a sua abrangência. Conforme anotou José Afonso da Silva, "... o direito é constitucional. Vem da Constituição, não, da Lei. "Nos termos, da Lei" não significa que esta é que vai outorgar o direito. Significa apenas que o direito constitucionalmente conferido pode ser regulado por lei, que esta pode definir certos critérios, certas exigências, tendo em vista a natureza da entidade de internação coletiva, mormente quando esta seja militar ou mantida pelo Estado Brasileiro" (SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição*). Seguindo o nosso entendimento (eficácia contida), destacamos, também, a posição de BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*. Lembramos que o direito à assistência religiosa já está regulamentado em algumas leis, o que, muito provavelmente, não ensejará uma discussão mais ampla sobre a eficácia no STF. Para conhecimento, destacamos os atos normativos em questão: a) Lei nº 6.923/1981, alterada pela Lei nº 7.672/1988, para as Forças Armadas; b) art. 41, VII, da Lei nº 7.210/1984 (LEP) – estabelecimentos prisionais; c) art. 124, XIV, da Lei nº 8.069/1990 (ECA) – direito do adolescente privado de liberdade; d) Lei nº 9.982/2000 – dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares.

[5] Segundo José Afonso da Silva, necessidade ou utilidade pública, interesse social ou econômico e perigo público iminente "são outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles o Poder Público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito de propriedade. O inciso XXII do art. 5º

XXVII e XXXIII do art. 5º; art. 15, IV; art. 37, I; art. 170, parágrafo único, etc.[6]

Importante notar que, como veremos, em algumas provas de concursos, o examinador utilizou a nomenclatura sugerida por Michel Temer para as normas constitucionais de eficácia contida, qual seja, normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, apesar de sua aplicabilidade plena. Segundo Temer, referidas normas "são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional".[7]

5.4 Normas constitucionais de eficácia limitada

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional, como se observou nos termos do art. 4º, da EC nº 47/2005.[8] São, portanto, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Devemos salientar que, ao contrário da doutrina norte-americana, José Afonso da Silva, concordando com a opinião de Vezio Crisafulli, observa que as normas constitucionais de eficácia limitada produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.

Assim, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, assevera que referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem

---

garante o direito de propriedade, mas os incisos XXIV e XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, bem como seu uso pela autoridade competente no caso de perigo público iminente" (SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.).

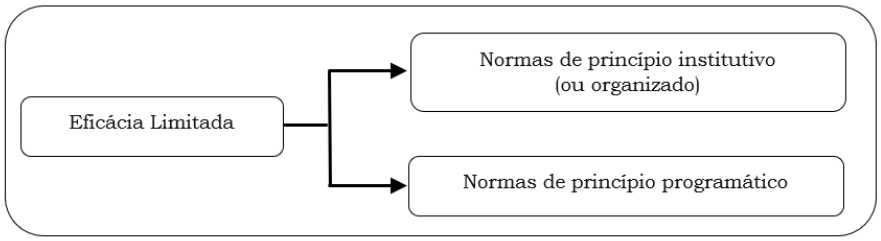
[6] José Afonso da Silva ensina: "normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a Lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados" (SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.)

[7] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[8] Art. 4º, da EC nº 47/2005: "Enquanto não editada a Lei a que se refere o art. 37, § 11 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação, da EC nº 41/2003".

sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.[9] Todas elas – em momento seguinte concluiu o mestre[10] – possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível (Geraldo Ataliba diria "paralisante da eficácia destas leis", sem ab-rogá-las – nosso acréscimo) e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.

O mestre do Largo São Francisco divide-as em dois grandes grupos: normas de princípio institutivo (ou organizativo) e normas de princípio programático.



As normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (ou orgânicos) contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Podemos exemplificar com os art. 18, § 2º; art. 22, parágrafo único; art. 25, § 3º; art. 33; art. 37, VII; art. 37, XI; art. 88; art. 90, § 2º; art. 91, § 2º; art. 102, § 1º; art. 107, § 1º; art. 109, VI; art.109, § 3º; art. 113; art. 121; art. 125, § 3º; art. 128, § 5º; art. 131; art. 146; art. 161, I; art. 224...[11]

Já as normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais (art. 6º – direito à alimentação; art. 196 – direito à saúde; art. 205 – direito à educação; art. 215 – cultura; art. 218, caput – ciência, tecnologia e inovação (EC nº 85/2015); art. 227 – proteção da criança...).[12]

Alguns outros exemplos podem ser "colhidos" do vasto estudo desenvolvido por José Afonso da Silva. Vinculadas ao princípio da legalidade, o autor menciona algumas normas programáticas: a) art. 7º, XI (participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da

[9] Cf. SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

[10] *Ibid*.

[11] José Afonso diz: "São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei" (SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.).

[12] Normas programáticas são aquelas "através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado" (SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.).

remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei, observando que já existe ato normativo concretizando o direito); b) art. 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos, da Lei); c) art. 7º, XXVII (proteção em face da automação, na forma, da Lei); d) art. 173, § 4º (a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros – vide CADE); e) art. 216, § 3º; f) art. 218, § 4º etc.[13]

Outros dois exemplos, de interesse prático, podem ser encontrados na jurisprudência do STF, já declarados como normas de eficácia limitada: a) juros legais de 12% ao ano; b) teto do funcionalismo público.

Em relação ao primeiro, o STF entendia, apesar da nossa crítica e de diversos outros autores, bem como de alguns tribunais (vide Julgados do TARGS, 81/314), que o revogado art. 192, § 3º, que fixava as taxas dos juros reais não superiores a 12% a.a., era norma constitucional de eficácia limitada, dependente de Lei Complementar para sua aplicação prática.[14] Convém lembrar a novidade trazida pela EC nº 40/2003 (PEC nº 53/1999 da CD e nº 21/1997 do SF), que, ao tratar do Sistema Financeiro Nacional, alterou a redação do art. 163, V e do art. 52, caput, do ADCT, revogando todos os incisos e parágrafos do art. 192, permitindo a sua regulamentação por mais de uma Lei Complementar. Em razão dessa nova sistemática, a já desprestigiada taxa de juros reais de 12% a.a. desconstitucionaliza-se, infelizmente, assim como as importantes regras que constavam do referido art. 192. No parecer do relator à PEC nº 53, a reforma buscou "... superar as dificuldades de regulamentação do art. 192 da Constituição Federal e viabilizar a aprovação de uma nova Lei estruturadora do sistema financeiro nacional", uma vez que o STF já havia resolvido que, na vigência da antiga regra, antes, da EC nº 40/2003, portanto, o sistema financeiro deveria ser regulamentado por uma única Lei Complementar (cf. Súmula Vinculante 7/2008).

O segundo exemplo diz respeito ao teto do funcionalismo público. Como se sabe, a Reforma Administrativa (EC nº 19/1998) fixou o teto correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, nos termos dos art. 37, XI; art. 39, § 4º e art. 48, XV. Tratava-se, como definiu o STF, de norma não autoaplicável, dependente de Lei formal de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observadas as regras dos art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III e

[13] Cf. SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

[14] Cf. Súmula 648/STF: "a norma do art. 192, § 3º da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei complementar", e os seguintes precedentes: ADI 4, RTJ 147/719; RE 157897, RTJ 151/635; RE 184837; RE 186594; RE 237472; RE 237952; AI 187925 AgR. Ainda, cf. SV 7/2008-STF.

art. 153, § 2º, I.[15] Essas regras, contudo, não persistem, tendo em vista a promulgação, da EC nº 41/2003.

A Reforma da Previdência (EC nº 41/2003) também estabeleceu como teto do funcionalismo público o subsídio pago ao Ministro do STF, a ser fixado por lei. Inovando, acaba com a denominada "iniciativa conjunta", já que a fixação do teto dar-se-á por Lei de iniciativa exclusiva do Presidente do STF (art. 48, XV e art. 96, II, "b", da CF/1988 – sendo a Câmara dos Deputados a Casa iniciadora e o Senado Federal, a revisora – art. 64, caput, da CF/1988) e não mais em conjunto pelos Presidentes dos "Poderes".

Verificaremos que foram criados subtetos, nos termos do art. 37, XI, § 11 e § 12, da CF/1988 (parágrafos introduzidos pela EC nº 47/2005), tema a ser estudado quando tratarmos da exclusão da regra da iniciativa conjunta (item 9.13.3.5).

A perspectiva de que referida regra (art. 37, XI, da CF/1988) continue sendo classificada pelo STF como de eficácia limitada decorre não só do antigo posicionamento da Suprema Corte como, principalmente, da regra contida no art. 8º, da EC nº 41/2003.

Alexandre de Moraes considera o texto do art. 37, XI, autoaplicável.[16] Em nossa interpretação, concordamos que o texto seja autoaplicável. Essa autoaplicabilidade, contudo, não decorre da eficácia plena da norma (que, em nosso entender, é de eficácia limitada, já que prescreve a sua regulamentação por Lei de iniciativa do Presidente do STF), mas do comando fixado no art. 8º, da EC nº 41/2003.

Tanto é verdade que o teto inicial, que era provisório, foi redefinido pela Lei nº 11.143/2005, tendo sido reajustado nos termos, da Lei nº 12.041/2009. Em momento seguinte, veio a ser regulamentado pelas Leis nº 12.771/2012 e 13.091/2015 a) R$ 28.059,29, a partir de 1º.01.2013; b) R$ 29.462,25, a partir de 1º.01.2014; e c) R$ 33.763,00, a partir de 1º.01.2015), estando atualmente fixado no valor de R$ 39.293,32, nos termos, da Lei nº 13.752/2018 (as regras sobre o teto do funcionalismo foram modificadas pela EC nº 47/2005).

Então, uma coisa é a regra contida na Constituição, que depende de Lei para sua regulamentação (eficácia limitada). Outra é o seu valor provisório (teto de retribuição) estabelecido no citado art. 8º, da EC nº 41/2003. Esse dispositivo foi declarado pelo STF como de "eficácia imediata", já que definiu um específico valor a ser observado até o formal estabelecimento do teto do funcionalismo por Lei específica (RE 609.381/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, DJE de 2014).

---

[15] Nesse sentido, retomando a explicação do Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro (SS 1.583-AM/STF), cf. posicionamento do STF, manifestado por 7 votos a 4 na 3ª Sessão Administrativa, realizada em 1998 (Inf. 217/STF e AO 524/PA, 2001).

[16] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

5.5 A classificação de Maria Helena Diniz

Em primorosa monografia sobre o tema, Maria Helena Diniz, baseando-se em diversas classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia, apresentadas pela doutrina (Cooley, Rui Barbosa, Caetano Azzariti, Franchini, Vezio Crisafulli, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Celso Bastos e Carlos A. Britto, Celso Antônio Bandeira de Mello), tendo por critério a questão da intangibilidade e da produção dos efeitos concretos, classifica as normas constitucionais (segundo a sua eficácia) em: normas supereficazes ou com eficácia absoluta; normas de eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível; normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.[17]

• Normas supereficazes ou com eficácia absoluta: são intangíveis, não podendo ser emendadas. Contêm uma força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Exemplos: textos constitucionais que amparam: a) a federação (art. 1º; art. 18; art. 34, VII, "c"; art. 46, § 1º); b) o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14); c) a separação de Poderes (art. 2º); d) os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVIII), enfim, as normas intangíveis por força dos art. 60, § 4º (as chamadas cláusulas pétreas), e art. 34, VII, "a" e "b".

• Normas com eficácia plena: contêm "... todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas. Consistem, por exemplo, nos preceitos que contenham proibições, confiram isenções, prerrogativas e que não indiquem órgãos ou processos especiais para sua execução". Exemplos: art. 1º, parágrafo único; art. 14, § 2º; art. 17, § 4º; art. 21; art. 22; art. 37, III; art. 44, parágrafo único; art. 69; art. 153; art. 155; art.156, etc.

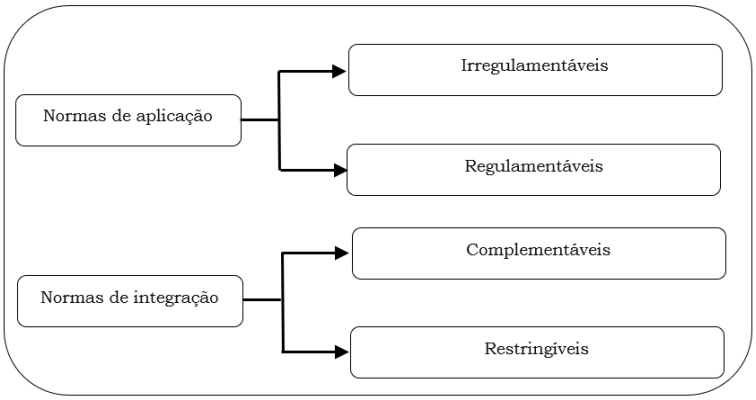
• Normas com eficácia relativa restringível: correspondem às normas de eficácia contida na classificação exposta de José Afonso da Silva, com preferência para a nomenclatura proposta por Michel Temer (eficácia redutível ou restringível), sendo de aplicabilidade imediata ou plena. Enquanto não sobrevier a restrição, o direito nelas contemplado será pleno. Exemplos: art. 5º, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XXIV, LX, LXI; art. 84, XXVI; art. 139; art. 170, parágrafo único; art. 184, etc.

• Normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa: dependem de Lei Complementar ou ordinária para o exercício do direito ou benefício consagrado. "Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela Lei Complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditivas de

[17] DINIZ, Maria Helena: *Norma constitucional e seus efeitos*.

qualquer conduta contrária ao que estabelecerem." Podem ser de princípio institutivo ("dependentes de Lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, nelas previstos" – exemplos: art. 17, IV; art. 25, § 3º; art. 43, § 1º, etc.), ou normas programáticas (programas a serem desenvolvidos mediante Lei infraconstitucional – exemplos: art. 205; art. 211; art. 215; art. 218; art. 226, § 2º, etc.).

5.6 A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto



Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto classificam as normas constitucionais em normas de aplicação (irregulamentáveis ou regulamentáveis) e normas de integração (completáveis ou restringíveis).[18]

As normas de aplicação já estão aptas a produzir todos os seus efeitos, dispensando regulamentação (ex.: art. 2º, da CF/1988) ou permitindo-a, mas, nesta hipótese, sem qualquer restrição do conteúdo constitucional.

Já as normas de integração, como o nome sugere, são integradas pela legislação infraconstitucional. Entre elas e a sua aplicação real coloca-se outra norma integradora de sentido, fazendo surgir uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas. Ora são completáveis (exigem uma legislação integrativa para a completa produção de seus efeitos – sentido de complemento, colmatação ou preenchimento de um vazio regratório preexistente), ora restringíveis (estabelecem a possibilidade de o legislador infraconstitucional reduzir o comando constitucional – acepção de encurtamento, redução ou contração de um campo regulatório de maior abrangência).

5.7 Normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada

[18] BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres: *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*.

Sugeridas por Uadi Lammêgo Bulos,[19] as normas de eficácia exaurida, ou esvaída, "... são aquelas, como o próprio nome diz, que já extinguiram a produção de seus efeitos. Por isso, estão esgotadas, dissipadas, ou desvanecidas, condicionando, assim, sua aplicabilidade". São próprias, do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), notadamente aquelas normas que já cumpriram o papel, encargo ou tarefa para o qual foram propostas. Exemplos: art. 1º ao art. 3º, art. 14, art. 20, art. 25, art. 48 e vários outros, do ADCT.

Muito embora próprias, do ADCT, pela própria lógica das normas que são identificadas como de disposição constitucional transitória, entendemos ser possível encontrar norma de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada em outras disposições de caráter constitucional, como, por exemplo, no corpo do texto, em emendas, ou mesmo em tratados internacionais com status de Constituição (art. 5º, § 3º), apesar, reforçamos, entendemos ser esperado esse tipo de situação em relação às normas que integram o ADCT. Vamos a um exemplo.

Conforme já tivemos a oportunidade de observar em outras passagens desta obra, a EC nº 91/2016 não alterou formalmente nenhum art. da Constituição, nem introduziu disposição na Carta. No caso, estamos diante de uma norma constitucional que está fora do texto, mas que, naturalmente, pelo "bloco de constitucionalidade", tem, inegavelmente, caráter constitucional.

Pois bem, referida disposição constitucional alterou a regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação, sem prejuízo do mandato (cf. item 18.5). Essa faculdade constitucional pôde ser exercida somente nos 30 dias seguintes à promulgação da emenda constitucional. Assim, entendemos que referida disposição, findo o prazo, passou a ter eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada.

Muito embora referidas normas tenham cumprido a sua "missão", entendemos que as mesmas continuam existindo no ordenamento com eficácia jurídica. Dessa forma, por exemplo, se uma Lei futura violar o direito introduzido pela disposição constitucional transitória, certamente poderá ser declarada inconstitucional tendo como parâmetro a referida norma de eficácia exaurida.

5.8 Normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e o gradualismo eficacial das normas constitucionais

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF/1988, têm aplicação imediata.

---

[19] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

O termo “aplicação” não se confunde com “aplicabilidade”, na teoria de José Afonso da Silva, que entende, como visto, terem as normas de eficácia plena e contida “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada, aplicabilidade mediata ou indireta.

Ensina José Afonso da Silva que ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª dimensão, acrescente-se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª dimensão, acrescente-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação”.[20]

Dessa maneira, “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma Lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”.[21]

Como exemplo de norma definidora de direito e garantia fundamental que depende de lei, podemos citar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, ou o da aposentadoria especial, garantido nos termos do art. 40, § 4º, devendo ser observadas as regras trazidas pela EC nº 103/2019 (Reforma da Previdência), inclusive as suas regras de transição.

Então, qual seria o sentido dessa regra inscrita no art. 5º, § 1º?

José Afonso da Silva explica: “em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.[22]

Assim, diante da omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, a CF/1988 trouxe duas importantes novidades:

• ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO: regulamentada pela Lei nº 12.063/2009 – cf. item 6.7.4);

• mandado de injunção: regulamentado pela Lei nº 13.300/2016 – cf. item 14.11.5.

Estamos diante de “remédios” para combater a denominada “síndrome de inefetividade” das normas constitucionais de eficácia limitada. De acordo com a jurisprudência do STF, de modo geral, em se tratando de “Poder”, a ADO seria o instrumento para fazer um apelo ao

---

[20] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*
[21] *Ibid.*
[22] *Ibid.*

legislador, constituindo-o em mora, enquanto o MI, por seu turno, seria o importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais (cf. item 14.11.5.7) e, assim, dando um exato sentido ao art. 5º, § 1º, que fala em aplicação imediata (cf. MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2008, Plenário, DJE de 2008).[23]

Conforme bem definiu a Min. Cármen Lúcia, no julgamento de vários Mandados de Injunção (MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF), "o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno".

Qualquer outro entendimento geraria o mais nefasto sentimento de frustração e desprestígio aos direitos fundamentais, reduzindo a importante conquista do MI a um nada.

Finalmente, vale lembrar os ensinamentos de Maria Helena Diniz, que identifica um gradualismo eficacial das normas constitucionais. "Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais... Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficacial é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados."[24]

5.9 Eficácia e aplicabilidade na jurisprudência do STF

Dado o objetivo do presente estudo, acreditamos interessante esquematizar importantes julgados do STF definindo a eficácia e aplicabilidade de algumas normas da Constituição – o que, certamente, facilitará para as provas e concursos –, bem como para o nosso ilustre e nobre professor trabalhar os precedentes em sala de aula com os alunos (cases):

PRECEDENTE	MATÉRIA	EFICÁCIA E APLICABILIDADE (STF)
• ADPF 130 – Rel. Min. Carlos Britto, j.	• art. 5º, V – direito de resposta proporcional ao agravo, além	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • Mesmo diante do reconhecimento da não recepção, da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), o STF entendeu que o art. 5º, V, "se qualifica como regra de

[23] Nesse sentido, após reiteradas decisões sobre essa matéria constitucional (cf., por exemplo, MI 721, MI 795, MI 788, MI 925, MI 1.328, MI 1.527, MI 2.120, MI 1.785, MI 4.158 AgR-segundo, MI 1.596 AgR, MI 3.215 AgR-segundo), o STF aprovou a PSV nº 45 e, assim, editou, 2014, a SV 33, com o seguinte teor: "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III da CF, até a edição de Lei complementar específica" (DJE de 2014). Cabe lembrar que a EC nº 103/2019 (Reforma da Previdência) trouxe claras regras de aplicação para os servidores federais, até que entre em vigor a Lei Federal disciplinando o assunto (cf. art. 10, caput e § 2º, da EC nº 103/2019, bem como os art. 21 e art. 22). Referidas regras de transição específicas foram direcionadas aos servidores federais, já que a definição da aposentadoria especial deverá se dar por Lei complementar de cada ente federativo, e não por uma Lei complementar federal geral (cf. art. 40, § 4º-A, § 4º-B e § 4º-C, da CF/1988).

[24] DINIZ, Maria Helena: *Norma constitucional e seus efeitos*.

2009, Plenário, DJE de 2009	da indenização por dano material, moral ou à imagem	suficiente densidade normativa, podendo ser aplicada imediatamente, sem necessidade de regulamentação legal"
• Ext. 541 – Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1991, Plenário, DJ de 1992) • Ext. 934-QO, Rel. Min. Eros Grau, j. 2004, Plenário, DJ de 2004)	• art. 5º, LI (parte final) – extradição do brasileiro naturalizado no caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma, da Lei	• Eficácia limitada e aplicabilidade mediata e reduzida • "Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5º, LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, "na forma, da Lei", e por "comprovado envolvimento" no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita. [...]; para a extradição do brasileiro naturalizado antes do fato, porém, que só a autoriza no caso de seu "comprovado envolvimento" no tráfico de drogas, a Constituição impõe à Lei Ordinária a criação de um procedimento específico, que comporte a cognição mais ampla da acusação na medida necessária à aferição da concorrência do pressuposto de mérito, a que excepcionalmente subordinou a procedência do pedido extraditório: por isso, a norma final do art. 5º, LI, CF, não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata"
• RE 161.547, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1998, 1ª T., DJ de 1998	• art. 8º, IV – contribuição confederativa instituída pela assembleia geral	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • "EMENTA: Sindicato: contribuição confederativa instituída pela assembleia geral: eficácia plena e aplicabilidade imediata da regra constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV). Coerente com a sua jurisprudência no sentido do caráter não tributário da contribuição confederativa, o STF tem afirmado a eficácia plena e imediata da norma constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV)..."
• ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2007, DJ de 2007	• art. 230, § 2º estabelece a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • A questão surgiu a partir da regulamentação da matéria pelo art. 39, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) • Segundo o STF, a norma infraconstitucional "... apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente"
• RE 285.706, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2002, DJ de 2002	• art. 17, do ADCT – vencimentos e proventos – redução imediata aos limites constitucionais	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • "Vencimentos e proventos: redução imediata aos limites constitucionais (ADCT, art. 17): eficácia plena e aplicabilidade imediata: vinculação direta do órgão administrador competente, desnecessária, portanto, a interposição de Lei Ordinária ou ato normativo equivalente: interpretação conjugada do art. 17, do ADCT e do art. 37, XI, da Constituição"
• RE 417.871- AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2005, DJ de 2005. No mesmo sentido: RE 421.197-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2006, DJ de 2006	• art. 53, IV, do ADCT – ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos, da Lei nº 5.315/1967, será assegurado, dentre outros, o direito à assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata
• AI 396.695- AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2003, DJ de 2004	• art. 201, § 5º veda a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência • art. 201, § 6º a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • "As normas inscritas nos § 5º e § 6º do art. 201 da Constituição Federal são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. O disposto no art. 195, § 5º, da Lei maior e nos art. 58 e art.59, do ADCT, não lhes retira a autoaplicabilidade"

	valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano	
• ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, DJ de 2007	• art. 134, § 2º assegura às defensorias públicas estaduais a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária (EC nº 45/2004)	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • Cf. item 5.2, anterior, no qual transcrevemos a importante ementa
• MI 626, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2001, Plenário, DJ de 2001	• art. 8º, do ADCT, com a exceção do seu § 3º – anistia	• Eficácia plena e aplicabilidade imediata • A anistia de que cuida o art. 8º, do ADCT beneficiou civis e militares, estando, entre os primeiros, servidores, empregados e profissionais liberais, enfim todo e qualquer cidadão qualificado como trabalhador • Segundo o STF, apenas o art. 8º, § 3º, do ADCT, é que depende de lei, sendo, no caso específico, de eficácia limitada
• MI 6.113- AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2014, Plenário, DJE de 2014	• art. 5º, XIII é livre o exercício de qualquer trabalho, oficio ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer	• Eficácia contida e aplicação imediata • "O art. 5º, XIII, da CF/1988 é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo Lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício"
• RE 544.655- AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008, DJE de 2008	• art. 37, I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma, da Lei	• Eficácia limitada (em relação aos estrangeiros – na forma, da Lei) • "Estrangeiro. Acesso ao serviço público. Art. 37, I, da CF/1988. O STF fixou entendimento no sentido de que o art. 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC nº 19/1998], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não autoaplicável" • Eficácia contida (em relação aos brasileiros) • Brasileiros: a Lei prevista no art. 37, I, não cria o direito, mas o restringe (o reduz) ao estabelecer requisitos para seu exercício
• MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1994, Plenário, DJ de 1996 • MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, DJE de 2008 • MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, DJE de 2008 • MI 712, Rel. Min. Eros Grau, j. 2007, DJE de 2008	• art. 37, VII – direito de greve dos servidores públicos	• Eficácia limitada • Cabe lembrar que o STF, adotando a posição concretista geral, julgou procedentes os referidos MIs, determinando, até que o Congresso Nacional legisle, a aplicação, da Lei da iniciativa privada para todo o funcionalismo público (em momento seguinte, restringindo esse entendimento, o STF não mais admitiu o direito de greve para serviços essenciais, como é o caso dos policiais civis: cf. RCL 6.568, j. 2009, e debates nos itens 13.7.9 e 14.11.5.7)
• MI 1.616, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2009, DJE de 2009	• art. 40, § 4º – aposentadoria especial para os servidores públicos	• Eficácia limitada • O STF vem determinando a aplicação do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, até que a matéria seja regulamentada pelo Congresso Nacional (cf. item 14.11.5.7, bem como a SV 33/2014 e as regras trazidas pela EC nº 103/2019 [Reforma da Previdência]).
• ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, j. 2007, Plenário, DJ de 2007 • ADO 3.682, Rel. Min. Gilmar	• art. 18, § 4º – procedimento para a criação de Municípios	• Eficácia limitada • Conforme estudamos no item 7.6.1, no julgamento da ADI 2.240, o STF reconheceu a nulidade das leis estaduais que criaram Municípios sem a definição de procedimento por Lei Complementar federal, declarando a modulação dos efeitos da decisão por 24 meses

Mendes, j. 2007, DJE de 2007		• Também, no julgamento da ADO 3.682, o STF fez um apelo ao Legislativo para suprir a omissão, dentro de 18 meses • Contudo, o Congresso Nacional não regulamentou a matéria. Para piorar, nos termos da, por nós criticada, EC nº 57/2008, convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios cuja Lei tivesse sido publicada até 2006
• ADI 1.330-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 1995, Plenário, DJ de 2002	• art. 187 – planejamento e execução da política agrícola na forma, da Lei	• Eficácia limitada • De acordo com o STF, o art. 187 é norma programática, na medida em que prevê especificações em Lei Ordinária. Isso porque, de acordo com a referida regra, a política agrícola será planejada e executada na forma, da Lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, • bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta diversos preceitos indicados no referido dispositivo
• ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2008, Plenário, DJE de 2010	• art. 14, § 9º outras hipóteses de inelegibilidade além das expressamente previstas na CF/1988	• Eficácia limitada • Conforme estudamos no item 17.4.2 (candidatos "ficha suja"), o STF entendeu que a regra contida no art. 14, § 9º, não é autoaplicável, dependendo, então, para serem criadas outras hipóteses de inelegibilidade, além das expressamente previstas na Constituição, de Lei Complementar. A regulamentação se deu nos termos da LC nº 64/1990 e, mais recentemente, pela LC nº 135/2010
• RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2000, 2ª T., DJ de 2000. No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. 2010, Plenário, DJE de 2010 • Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2010, 2ª T., DJE de 2010	• art. 196 – direito à saúde	• Eficácia limitada – interessante proposta de concretização • "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF"
• MI 369, Rel. p/ o ac. Min. Francisco Rezek, j. 11992, Plenário, DJ de 1993 • MI 1.090, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2013, Plenário, DJE de 2013	• art. 7º, XXI aviso prévio proporcional ao tempo de serviço	• Eficácia limitada • Regulamentação pela Lei nº 12.506/2011 • Cf. item 3.7.2.1
• RE 169.173, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1996, 1ª T., DJ de 1997. No mesmo	• art. 7º, XXIII adicional de remuneração para as	• Eficácia limitada • Conforme voto do Min. Moreira Alves (RE 169.173), "com relação aos trabalhadores submetidos à legislação trabalhista, o disposto no art. 7º, XXIII,

sentido: RE 637.282, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 2012, DJE de 2012	atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma, da Lei	da Constituição Federal teve aplicação imediata por ter sido recebido pela atual Carta Magna o disposto no art. 193 da CLT e os atos que o regulamentam; o mesmo não ocorre, porém, com os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que dependem, para a percepção dessas vantagens, da respectiva legislação referente a seu regime jurídico" (nesse ponto a eficácia limitada, acrescente-se)
• ADI 1.232, rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, j. 1998, Plenário, DJ de 2001 • RE 213.736, j. 2000	• art. 203, V – garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei	• Eficácia limitada • O disposto no art. 203, V, tornou-se aplicável a partir da edição, da Lei nº 8.742/1993

6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 6.1 Controle de constitucionalidade: direito comparado e sistema brasileiro 6.2 Breve análise evolutiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade 6.3 Espécies de inconstitucionalidade e o "estado de coisas inconstitucional" 6.4 Momentos de controle 6.5 Sistemas e vias de controle judicial 6.6 Controle difuso 6.7 Controle concentrado 6.8 Controle abstrato de constitucionalidade nos estados-membros 6.9 Quadro comparativo do sistema jurisdicional misto de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade no brasil

6.1 Controle de constitucionalidade: direito comparado e sistema brasileiro[1]

6.1.1 Noções preliminares

O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na "Lei Maior".

Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão esse que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

Conforme já estudado, Constituição rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A Constituição Federal brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas no art. 60, da CF/1988.

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Trata-se do princípio da supremacia da Constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como "pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político", "significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a Lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de

[1] Todo o conteúdo desse item 6.1 foi retirado, com algumas adaptações, de LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas". Desse princípio, continua o mestre, "resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores".[2]

A Constituição está, pois, no ápice da pirâmide, orientando e "iluminando" os demais atos infraconstitucionais.

Alertamos que há uma tendência a ampliar o conteúdo do parâmetro de constitucionalidade de acordo com aquilo que a doutrina vem chamando de bloco de constitucionalidade e que será estudado no item 6.7.1.3.

6.1.2 A inconstitucionalidade das leis e a regra geral da "teoria da nulidade". Sistema austríaco (Kelsen) versus sistema norte-americano (Marshall). Anulabilidade versus nulidade

Pode-se afirmar que a maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influência do direito norte-americano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo (afetando o plano da validade).

Trata-se, nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o "vício congênito", de "nascimento", de "origem" do ato normativo.

A ideia de a Lei ter "nascido morta" (natimorta), já que existente enquanto ato estatal, mas em desconformidade (em razão do vício de inconstitucionalidade) em relação à noção de "bloco de constitucionalidade" (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Assim, o ato legislativo, por regra, uma vez declarado inconstitucional, deve ser considerado, nos termos da doutrina brasileira majoritária, "... nulo, írrito, e, portanto, desprovido de força vinculativa".[3]

A doutrina tradicional já se manifestava nessa linha, destacando-se os ensinamentos de Rui Barbosa,[4] Alfredo Buzaid,[5] Castro Nunes[6] e Francisco Campos.[7]

---

[2] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[3] BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.*
[4] Cf. BARBOSA, Rui: *Actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal.*
[5] BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.*
[6] NUNES, José de Castro: *Teoria e prática do poder judiciário.*
[7] CAMPOS, Francisco: *Direito constitucional.*

Cappelletti, ao descrever o sistema "norte-americano", observa que "... a Lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula ("null and void") e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara (preexistente) nulidade, da Lei inconstitucional".[8]

Contra esse entendimento, destaca-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional defendida por Kelsen[9] e que influenciou a Corte Constitucional austríaca, caracterizando-se como constitutiva a natureza jurídica da decisão que a reconhece.[10]

Segundo Cappelletti, no sistema austríaco, diferentemente do sistema norte-americano da nulidade, "... a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa ("aufhebt") uma Lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional (sic). Não é só: mas coisa ainda mais notável – a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação, da Lei opere somente a partir de uma determinada data posterior ("Kundmachung") de seu pronunciamento, contanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano...".[11]

Na linha da teoria da anulabilidade, da Lei inconstitucional (ineficácia a partir da decisão), no Brasil, em sede doutrinária e minoritária, destacam-se Pontes de Miranda[12] e Regina Nery Ferrari.[13]

A confrontação dos sistemas pode ser assim esquematizada:

SISTEMA AUSTRÍACO (KELSEN) - ANULABILIDADE	**SISTEMA NORTE-AMERICANO (MARSHALL) - NULIDADE**
• decisão tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo)	• decisão tem eficácia declaratória de situação preexistente
• por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia	• por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade
• por regra, decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex nunc* (prospectivos)	• por regra, decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* (retroativos)
• a Lei inconstitucional é ato anulável (a anulabilidade pode aparecer em vários graus)	• a Lei inconstitucional é ato nulo (null and void), ineficaz (nulidade *ab origine*), írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa
• Lei provisoriamente válida, produzindo efeitos até a sua anulação	• invalidação ab *initio* dos atos praticados com base na Lei inconstitucional, atingindo-a no berço

[8] CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.*

[9] KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito.*

[10] Conforme anotou Elival da Silva Ramos, "a dificuldade de Kelsen em admitir o ato legislativo inexistente, assim como o inválido sancionado com a nulidade *ab initio*, está ligada a seus pressupostos teoréticos, segundo os quais o Direito é concebido como uma construção lógica impecável, em que os elementos inferiores não podem estar em contradição com os superiores, sob pena de serem proscritos do mundo jurídico. Daí a pretensão de reduzir as categorias da inexistência e da nulidade à da anulabilidade, trabalhando com a ideia de uma validade transitória, até a desConstituição do ato por decisão judicial" (RAMOS, Elival da Silva: *A inconstitucionalidade das leis*). Cf. KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito.*

[11] CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Esse prazo, segundo anota Gilmar Mendes, é de 18 meses, nos termos do art. 140, § 5º, terceiro período, da Constituição austríaca (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle concentrado de constitucionalidade*).

[12] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários à Constituição de 1946.*

[13] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.*

• o reconhecimento da ineficácia, da Lei produz efeitos a partir da decisão ou para o futuro (*ex nunc* ou pro futuro), sendo *erga omnes*, preservando-se, assim, os efeitos produzidos até então pela lei.	• a lei, por ter nascido morta (natimorta), nunca chegou a produzir efeitos (não chegou a "viver"), ou seja, apesar de existir, não entrou no plano da eficácia

Esse quadro representa tanto a teoria da nulidade (que prevalece na realidade brasileira) como a da anulabilidade em seus extremos. Ao longo dos tempos, doutrina e jurisprudência procuraram flexibilizá-las. É o que passamos a estudar.

6.1.3 Flexibilização das teorias da "nulidade absoluta, da Lei declarada inconstitucional" e da "anulabilidade da norma inconstitucional" no direito estrangeiro (brevíssima noção)

Cappelletti observa que tanto o rigor da regra da não retroatividade do sistema austríaco como o da técnica da nulidade absoluta do sistema norte-americano tiveram de ser reavaliados, visto que insubsistentes.[14]

6.1.3.1 Áustria

Em relação à Áustria, em 1929, a regra que negava qualquer retroatividade às decisões e pronunciamentos da Corte Constitucional foi atenuada, fixando-se a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão anulatória.

Regina Ferrari observa que "o efeito voltado para o futuro – *ex nunc* – é o normal das sentenças constitutivas, mas não pertence à sua essência: o essencial é a produção de um estado jurídico que não existia antes de tal decisão".

Conclui em seguida que "... a norma inconstitucional é anulável e os atos praticados sob o império dessa Lei devem ser considerados válidos, até e enquanto não haja decisão que a fulmine com tal vício, operando eficaz e normalmente como qualquer outra disposição válida, já que o é até a decretação de inconstitucionalidade". Finalmente, admite que referida sentença pode ter alcance *ex tunc*.[15]

6.1.3.2 Estados Unidos

[14] CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.*
[15] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.*

Quanto à técnica "fria" da nulidade *ab origine* (de origem norte-americana – "the inconstitutional statute is not law at all"[16] - e adotada no Brasil), Cappelletti passa a imaginar situações práticas que apontariam a sua inadequação.

Como ficariam todos os atos praticados, durante longos anos, sob a vigência de uma Lei que venha a ser declarada inconstitucional? Como resolver a questão de um contrato que tenha sido celebrado e servido de base para a prestação de um serviço público por longos anos? Como ficarão os efeitos, da Lei? Como sustentar o cumprimento de uma pena que tenha fundamento em Lei que venha a ser declarada inconstitucional? Que fazer com os efeitos já consolidados? E a coisa julgada? E o mínimo de certeza e estabilidade que todas as relações jurídicas devem ter?

Nos Estados Unidos, o precedente lembrado é o caso Linkletter vs. Walker, 381 U.S. 618 (1965), em relação ao qual, realizando análise política, a Suprema Corte entendeu que o reconhecimento de inconstitucionalidade de Lei que permitia certo sistema de colheita de provas não retroagiria para invalidar decisões já tomadas com base naquele sistema.

Conforme relatado por Gilmar Mendes,[17] toda a polêmica decorreu do julgamento do caso Mapp vs. Ohio, 367 U.S. 643 (1961), no qual a Suprema Corte entendeu, nos termos da 4ª Emenda, que a prova obtida ilegalmente não poderia ser considerada no juízo penal, seja nas Cortes Federais, como também, e inovando, nas Estaduais, superando-se a doutrina fixada em Wolf vs. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).

O objetivo era desestimular "ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e ensejar que os órgãos federais e estaduais operassem com base nos mesmos padrões jurídicos". Contudo, à decisão não foi atribuído efeito retroativo, para evitar, segundo o Juiz Clark, a quebra de confiança depositada em Wolf vs. Colorado e impor "desmedida carga de trabalho para a administração da Justiça".[18]

Assim, o pedido de se considerar ilegal, no caso Likletter vs. Walker, a obtenção da prova por arrombamento, agora com base no novo precedente fixado em Mapp vs. Ohio, foi indeferido para evitar sério problema de administração de justiça (e a perspectiva de diversos pedidos no mesmo sentido de revisão), surgindo, pois, uma importante atenuação ao rígido princípio da nulidade absoluta, da Lei.[19]

---

[16] Cf. WILLOUGHBY, Westel Woodbury: *The constitutional law of the united states.*, e, também, COOLEY, Thomas Mcintyre: *A treatise on the constitutional limitations.*, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle concentrado de constitucionalidade*.

[17] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle concentrado de constitucionalidade*.

[18] *Ibid*.

[19] Gilmar Mendes transcreve parte da justificativa da Suprema Corte dos Estados Unidos: "... uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de "depreciar" a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice

Parafraseando Sérgio Resende de Barros, parecia estar sendo desatado o "nó górdio" do sistema de controle, flexibilizando o sistema da nulidade absoluta e se permitindo a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.[20]

6.1.3.3 Espanha

Garcia de Enterría, na Espanha, destaca a hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e pro futuro tendo como precedente a Sentença nº 45/1989.[21]

6.1.3.4 Portugal

Em Portugal, muito embora a declaração de nulidade, da Lei inconstitucional seja a regra geral, há expressa autorização constitucional permitindo a modulação dos efeitos da decisão, bem como a desConstituição da coisa julgada em matérias específicas e desde que haja expressa determinação pelo Tribunal Constitucional.

6.1.3.5 Alemanha

Na Alemanha, o princípio da nulidade, da Lei inconstitucional está consagrado como regra geral, nos termos do § 78, da Lei do Bundesverfassungsgericht.

Contudo, ensina Gilmar Mendes, várias técnicas surgem no sentido de resolver alguns problemas trazidos pela rigidez do princípio da nulidade (que é reconhecido como constitucional, como visto), destacando-se o "apelo ao legislador" ou "situação ainda constitucional" (Appellentscheidung)[22] e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung – omissão parcial; exclusão de benefício

---

Holmes que dizia que "na vida, da Lei não existe lógica: o que há é a experiência" (United States Reports, 381:629)" (MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade*).

[20] BARROS, Sergio Resende de: *O nó górdio do sistema misto*. in ROTHENBURG, André Ramos Tavares, Walter Claudius (org.) *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. – no caso, referindo-se ao sistema brasileiro. Nessa linha da flexibilização, Palu, ao tratar dos graus de retroatividade das sentenças de inconstitucionalidade, observa que "... a doutrina e jurisprudência norte-americanas têm as respostas nas técnicas, v.g., da *prospective overruling e limited retrospectivity*; justamente no país que estabeleceu a regra da nulidade absoluta, da Lei inconstitucional e da eficácia *ex tunc* dos julgamentos vem agora a técnica, sobretudo da *limited prospectivity*, a dispor que a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão; já a *prospectivity overruling*, ou *pure prospectivity*, exclui toda a retroatividade, não se aplicando ao processo de origem. Evidentemente, em um sistema que depende dos casos concretos (cases) para a declaração de inconstitucionalidade, a técnica da *pure prospectivity* gerou perplexidades, ainda que a declaração possa valer para casos concretos futuros" (PALU, Osvaldo Luiz: *Controle de constitucionalidade*).

[21] ENTERRÍA, Eduardo García de: *Justicia constitucional*.

[22] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira: *Tribunal constitucional alemão*. O apelo ao legislador – "appellentscheidung" – na práxis da corte constitucional alemã, RDP 99/32-53.

incompatível com o princípio da isonomia;[23] ameaça de caos jurídico, lacunas ameaçadoras etc.).[24]

6.1.4 Flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro

A regra geral da nulidade absoluta, da Lei inconstitucional vem sendo, casuisticamente, afastada pela jurisprudência brasileira e repensada pela doutrina.

Ao lado do princípio da nulidade, que adquire, certamente, o status de valor constitucionalizado, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, outros valores, de igual hierarquia, destacam-se, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé.

Nesses termos, valendo-se da evolução da jurisprudência norte-americana, Lúcio Bittencourt afirma que a "... doutrina da ineficácia *ab initio*, da Lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um Decreto judiciário".[25]

6.1.4.1 A mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado – art. 27, da Lei nº 9.868/1999 e art. 11, da Lei nº 9.882/1999

Toda evolução e movimento verificados no direito estrangeiro também foram considerados no Brasil, que "legalizou" a tendência jurisprudencial que já vinha sendo percebida,[26] muito embora lentamente, a flexibilizar a rigidez do princípio geral – e que ainda é regra, diga-se de passagem – da nulidade, da Lei declarada inconstitucional no controle concentrado.

Nesse sentido, com bastante propriedade, estabelece o art. 27, da Lei nº 9.868/1999:

"Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (no mesmo sentido, cf. art. 11, da Lei nº 9.882/1999 – ADPF).

---

[23] No Brasil, veja o precedente da ADI 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145/101.

[24] MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade*.

[25] BITTENCOURT. C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*.

[26] Antes da introdução do art. 27, da Lei nº 9.868/1999 no ordenamento jurídico brasileiro, cf. o RE 197.917, destacando-se o voto do Min. Gilmar Mendes, assim como os debates na ADI 526 e no HC 70.514. Cf., ainda, a aplicação da técnica da modulação dos efeitos da decisão nos seguintes julgados do STF: ADI 2.240, ADI 2.501, ADI 2.904, ADI 2.907, ADI 3.022, ADI 3.315, ADI 3.316, ADI 3.430, ADI 3.458, ADI 3.489, ADI 3.660, ADI 3.682, ADI 3.689, ADI 3.819, ADI 4.001, ADI 4.009, ADI 4.029.

Trata-se da denominada, pela doutrina, técnica de modulação dos efeitos da decisão e que, nesse contexto, permite uma melhor adequação da declaração de inconstitucionalidade, assegurando, por consequência e conforme visto, outros valores também constitucionalizados, como os da segurança jurídica, do interesse social, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito (impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico) (Celso de Mello, ARE 709.212).

Nesse sentido foram as razões apontadas na exposição de motivos do projeto de Lei que deu origem à referida Lei nº 9.868/1999: "Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional".[27]

6.1.4.2 A mitigação do princípio da nulidade no controle difuso

A regra geral do art. 27, da Lei nº 9.868/1999, em casos particulares, também tem sido aplicada, por analogia, ao controle difuso.

Em importante precedente, destaca-se ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9, adequando-se ao mínimo constitucional previsto na redação original[28] do art. 29, IV, da CF/1988. Pouco razoável seria um Município com 2.651 habitantes ter 11 vereadores, 2 além do mínimo constitucional.

O MP de São Paulo pedia a devolução dos subsídios indevidamente pagos e a declaração incidental da inconstitucionalidade, da Lei (controle difuso), com efeitos retroativos.

Porém, conforme ponderou o Min. Maurício Corrêa na parte final de seu voto, "... a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da

---

[27] Exposição de Motivos nº 189/1997, encaminhada pela Mensagem nº 396/1997, ao Projeto de Lei nº 2.960/1997, fruto do trabalho da Comissão de Juristas composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça Azevedo, Antonio Janyr Dall"Agnol Junior, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Antonio Herman Vasconcelos Benjamin e presidida pelo Professor Caio Tácito, tendo sido a primeira versão do anteprojeto elaborada pelo Professor Gilmar Mendes.

[28] A redação original do art. 29, IV, "a", antes da redação dada pela EC nº 58/2009, prescrevia que o número de Vereadores, proporcional à população do Município, deveria observar os seguintes limites nos Municípios de até um milhão de habitantes: mínimo de 9 e máximo de 21. Como se percebe, havia uma abertura muito grande, diferente do que se observa na atual redação.

legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica...".[29]

Partindo desse precedente, interessante a análise de tantos outros julgados no sentido de se modular os efeitos da decisão também no controle difuso, destacando-se os julgamentos do RE-AgR 434.222/AM e do MS 22.357/DF.

O STF, portanto, à luz do princípio da segurança jurídica, do princípio da confiança, da ética jurídica, da boa-fé, todos constitucionalizados, em verdadeira ponderação de valores, vem, casuisticamente, mitigando os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade das leis também no controle difuso, preservando-se situações pretéritas consolidadas com base na Lei objeto do controle.

Sem dúvida, de maneira coerente, imprescindível essa tendência de mitigação do princípio da nulidade, tanto em sede de controle concentrado como em sede de controle difuso.

6.1.5 Constitucionalidade e inconstitucionalidade superveniente?

REGRA	**EXCEÇÃO**
• proibição do fenômeno da constitucionalidade superveniente (vício congênito – ato nulo) • proibição do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente (lei nasceu "perfeita", sem vício formal e sem vício material)	• ADI 2.240 e ADO 3.682: caso Luís Eduardo Magalhães – possibilidade de constitucionalidade superveniente decorrente de decisão judicial • EC nº 57/2008: correção de vício congênito por decisão política do parlamento • mutação constitucional • mudança do substrato fático da norma

Em regra, não se pode admitir nem o fenômeno da constitucionalidade superveniente, nem o da inconstitucionalidade superveniente.

6.1.5.1 Constitucionalidade Superveniente

Constitucionalidade superveniente significa o fenômeno pelo qual uma Lei ou ato normativo que tenha "nascido" com algum vício de inconstitucionalidade, seja formal ou material, e se constitucionaliza. Esse fenômeno é inadmitido na medida em que o vício congênito não se convalida. Ou seja, se a Lei é inconstitucional, trata-se de ato nulo (null

[29] Cf. RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário; DJ de 2004 ("EMENTA 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de "nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade"). Cf. ainda, trazendo vários exemplos de "modulação de efeitos da decisão", a densidade do voto do Min. Gilmar Mendes.

and void), írrito, natimorto, ineficaz e, assim, por regra, não pode ser "corrigido", pois o vício de inconstitucionalidade não se convalida, é um vício insanável, "incurável".

Como exceção a essa regra, lembramos o julgamento da ADI 2.240 e da ADO 3.682, pelas quais se possibilitaria, artificialmente, a "correção" do processo de criação do município Luís Eduardo Magalhães, conforme estudamos no item 6.7.1.9 Estaríamos diante do fenômeno da constitucionalidade superveniente por decisão judicial, o que não se verificou, pois o prazo fixado na ADO 3.682, para se corrigir o vício congênito, da Lei Estadual que criou o novo município, transcorreu *in albis*.

Como se sabe (e, como se disse, o tema poderá ser compreendido no item 6.7.1.9), a convalidação dos extraordinários vícios de inconstitucionalidade se deu pela EC nº 57/2008, que, então, poderia ser um "triste", porque flagrantemente "inconstitucional", exemplo de constitucionalidade superveniente por emenda constitucional e, assim, decisão política do parlamento, sempre passível, nesse caso específico, de controle judicial.

6.1.5.2 Inconstitucionalidade superveniente

Inconstitucionalidade superveniente, por sua vez, seria o fenômeno pelo qual uma Lei ou ato normativo que "nasceu" "perfeita", sem nenhum tipo de vício de inconstitucionalidade, vem a se tornar inconstitucional.

Em regra, esse fenômeno não é observado. A seguir, dois exemplos clássicos, na visão da jurisprudência do STF, que afastam essa possibilidade em razão da caracterização de outros institutos específicos e próprios:

• Lei editada antes do advento da nova Constituição (fenômeno da recepção): se a Lei foi editada antes do advento de uma nova Constituição, duas situações surgem: ou a Lei é compatível e será recepcionada, ou a Lei é incompatível e, então, nesse caso, será revogada por não recepção (cf. item 4.8.1).

Não se pode falar em inconstitucionalidade superveniente nesse caso, pois não haverá preenchimento da regra da contemporaneidade. Ou seja, para se falar em controle de constitucionalidade, a Lei tem que ter sido editada na vigência do texto de 1988 e ser confrontada (parâmetro de controle) perante a CF/1988 ou toda normatividade que tenha status de Constituição, dentro de uma perspectiva de "bloco de constitucionalidade" (cf. item 6.7.1.3).

• Lei editada já na vigência da nova Constituição e superveniência de emenda constitucional futura que altere o fundamento de constitucionalidade, da Lei: o STF entende que, se a Lei foi editada já na vigência da nova Constituição sem nenhum tipo de vício, eventual emenda constitucional que mude o parâmetro de controle pode deixar de assegurar

validade à referida norma, e, assim, a nova emenda constitucional revogaria a Lei em sentido contrário. Não se trata, portanto, do fenômeno de inconstitucionalidade superveniente.

A regra da impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente, contudo, apresenta duas exceções: a) mutação constitucional; b) mudança no substrato fático da norma.

No primeiro caso (mutação constitucional), a redação do dispositivo da Constituição não é alterada, mas o seu sentido interpretativo muda, surgindo, então, uma nova norma jurídica. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional, como, por exemplo, as alterações por emendas constitucionais (cf. item 3.1).

Vamos imaginar uma Lei que proibia a união estável homoafetiva e que, durante muito tempo, encontrou fundamento na CF/1988, especialmente na hoje ultrapassada (literal) leitura do art. 226, § 3º, que dispõe, para efeito da proteção do Estado, ser reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a Lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, no exemplo, em um primeiro momento, a referida lei, que só admitia a união estável entre o homem e a mulher, era considerada constitucional.

Com a evolução da sociedade e do entendimento da Corte, passou-se a admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, especialmente ao se fazer uma releitura do art. 226, § 3º, à luz da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do art. 3º, IV, que prescreve, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A lei, então, que nasceu constitucional, tornar-se-ia inconstitucional em razão da mudança no sentido interpretativo do parâmetro de constitucionalidade.

No segundo caso (mudança no substrato fático da norma), não se tem uma alteração no parâmetro da Constituição, mas nos novos aspectos de fato que surgem e que não eram claros no momento da primeira interpretação.

Como exemplo, lembramos o precedente do amianto (cf. item 7.11.1). Em um primeiro momento, o STF pronunciou-se no sentido de se declarar a constitucionalidade, da Lei Federal que admitia o uso controlado de uma das modalidades do amianto (asbesto branco). Em momento seguinte, em razão da mudança no substrato fático da norma, referida disposição se tornou inconstitucional, passando a norma por um processo de inconstitucionalização.

Percebam, seja na primeira interpretação, seja 22 anos depois quando houve a mudança de entendimento, a Constituição sempre proibiu substâncias que fizessem mal à saúde ou ao meio ambiente. O que se observou foi um novo diagnóstico do potencial de violação à

saúde, inclusive em razão dos avanços tecnológicos e de pesquisa. Por esse motivo é que estamos fazendo uma distinção com o fenômeno da mutação constitucional, quando a alteração é do sentido da própria Constituição.

Conforme anotou o Min. Dias Toffoli em seu voto proferido no julgamento da ADI 3.937, "as percepções dos níveis de consenso e dissenso em torno da necessidade ou não do banimento do amianto não são mais os mesmos observados quando da edição da referida norma geral (Lei nº 9.055/1995, acrescente-se). Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje (22 anos depois, acrescente-se), o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador" (voto do Min. Dias Toffoli, j. 2017, Plenário, acórdão pendente de publicação).

Além de toda a argumentação destacando os documentos internacionais de proteção a direitos humanos, o Min. Dias Toffoli ainda observa: "quando da edição, da Lei Federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisotila. No entanto, hoje já existem materiais alternativos. Além de ser importado desde 2003, o PVA, por exemplo, passou a ser produzido no Brasil a partir de matéria-prima nacional, o fio de polipropileno, possibilitando a substituição da crisotila. Ressalte-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Ministério da Saúde já recomendaram a substituição do amianto pelas fibras de poliálcool vinílico (PVA) ou de polipropileno (PP), conforme Nota Técnica elaborada por Grupo de Trabalho dessa autarquia federal".

Finalmente, conclui: "esse conjunto de fatores – quais sejam, a) o consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisotila; b) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto e c) a ausência de revisão da legislação federal, que já tem mais de 22 (vinte e dois anos) anos – revela a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material), da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa, sobretudo, ao direito à saúde (art. 6º e art. 196, da CF/1988); ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CF/1988); e à proteção do meio ambiente (art. 225, da CF/1988)".

6.2 Breve análise evolutiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade[30]

6.2.1 Constituição de 1824

No tocante ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade,[31] a Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu nenhum sistema de controle, consagrando o dogma da soberania do Parlamento, já que, sob a influência do direito francês (a Lei como "expressão da vontade geral") e do inglês (supremacia do Parlamento), somente o Órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma.

No entanto, nas precisas palavras de Clèmerson Merlin Clève, "não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele (art. 98) manter a "independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes". Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, "chave de toda a organização política" nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário". Portanto, completa o ilustre jurista, "o dogma da "soberania do Parlamento", a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império".[32]

6.2.2 Constituição de 1891

A partir da Constituição Republicana de 1891, sob a influência do direito norte-americano, consagra-se, no direito brasileiro, mantida até a CF/1988, a técnica de controle de constitucionalidade de Lei ou ato com indiscutível caráter normativo (desde que infraconstitucionais), por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e

---

[30] Todo este item 6.2 foi apresentado em outro trabalho nosso: LENZA, Pedro: *A arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do sTF*.

[31] Para análise dos sistemas norte-americano, austríaco e alemão, cf. MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade*. Para estudo comparado e histórico do controle da constitucionalidade, interessante o trabalho de VIEIRA, Oscar Vilhena: *Supremo tribunal federal* e de DANTAS, Ivo: *O valor da Constituição*. Importante, também, dentre tantos outros trabalhos da doutrina nacional, notadamente em relação ao traçado da evolução do sistema de controle de constitucionalidade do direito pátrio, a contribuição de MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade*; CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro* e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.*

[32] CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*.

organização judiciária. Trata-se do denominado controle difuso de constitucionalidade, repressivo, posterior, ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito.[33]

6.2.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934, mantendo o sistema de controle difuso, estabeleceu, além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a denominada cláusula de reserva de pleno (a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser pela maioria absoluta dos membros do tribunal) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva.

Asseverou Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar as novidades trazidas pela Constituição de 1934 em relação ao sistema de controle de constitucionalidade, que "talvez a mais fecunda e inovadora alteração [...] se refira à "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal", tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, "a" a "h", da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia, da Lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º)".[34]

6.2.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937, denominada Polaca, já que elaborada sob a inspiração da Carta ditatorial polonesa de 1935, não obstante tenha mantido o sistema difuso de constitucionalidade, estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei, já que, de modo discricionário, poderia submetê-la ao Parlamento para o seu reexame, podendo o Legislativo, pela decisão de 2/3 de ambas as Casas, tornar sem efeito a declaração de

---

[33] Convém observar, contudo, que, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. 58, § 1º, "a" e "b", da Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 510/1890) e o Decreto nº 848/1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte-americano. Posteriormente, a Lei Federal nº 221/1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10: "os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição". Por fim, cabe salientar, de modo amplo, a manutenção das regras sobre o controle jurisdicional difuso pela reforma constitucional de 1926.

[34] MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade*

inconstitucionalidade, desde que confirmasse a validade, da Lei.[35] Referidas regras, inegavelmente, implicavam o desproporcional fortalecimento do Executivo.

6.2.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946, fruto do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no País, flexibilizou a hipertrofia do Executivo, restaurando a tradição do sistema de controle de constitucionalidade. Através, da EC nº 16/1965, criou-se no Brasil uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta, exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República. Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual.

6.2.6 Constituição de 1967 e EC nº 1/1969

Esta última regra foi retirada pela Constituição de 1967, embora a EC nº 1/1969 tenha previsto o controle de constitucionalidade de Lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município.

6.2.7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte convocada pela EC nº 26/1985[36], trouxe quatro principais novidades no sistema de controle de constitucionalidade.

Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. Em consonância com o art. 103, da CF/1988, o art. 2º, da Lei nº 9.868/1999, legalizando o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, dispõe que a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser proposta pelos seguintes legitimados:

---

[35] Nos termos do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, "no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma Lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

[36] Os art. 1º ao art. 3º da aludida Emenda Constitucional explicitam a amplitude da convocação da Assembleia Nacional Constituinte: "Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional"; "Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente"; "Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte".

Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Estabeleceu-se, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada (ações diretas de inconstitucionalidade por omissão – ADO, nos termos do art. 103, § 2º), seja de modo incidental, pelo controle difuso (mandado de injunção – MI, na dicção do art. 5º, LXXI – sobre a evolução da utilização do mandado de injunção, cf. item 14.11.5).

Nos termos do art. 125, § 2º, os Estados poderão instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando, contudo, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Por fim, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, facultou-se a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art. 102.

Posteriormente, a EC nº 3/1993 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC)[37] e renumerou o parágrafo único do art. 102, da CF/1988, transformando-o em § 1º, mantendo a redação original da previsão da ADPF, nos seguintes termos: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma, da Lei".

Enfim, a EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando aos legitimados da ADI (ação direta de inconstitucionalidade), alinhados no art. 103, e estendeu o efeito vinculante, que era previsto de maneira expressa somente para a ADC, agora, também (apesar do que já dizia o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 e da jurisprudência do STF), para a ADI. Tudo caminha para a expressa consagração da ideia de efeito dúplice ou ambivalente entre as duas ações, faltando somente a igualação dos seus objetos.

Por todo o exposto, valendo-nos das palavras de José Afonso da Silva, "o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, "a", e III, e art. 103). A outra novidade está

[37] Sobre a ADC, cf. importante trabalho doutrinário e prático (votos da ADC 1-1/DF), coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, intitulado MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Ação declaratória de constitucionalidade*.

em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades".[38]

6.3 Espécies de inconstitucionalidade e o "estado de coisas inconstitucional"

6.3.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão (quadro esquemático)

O que se busca com esse tema é saber quando uma norma infraconstitucional padecerá do vício de inconstitucionalidade, que poderá verificar-se em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público.

Fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação), a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição,[39] e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Para Canotilho, enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a "violação, da Lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão)".[40]

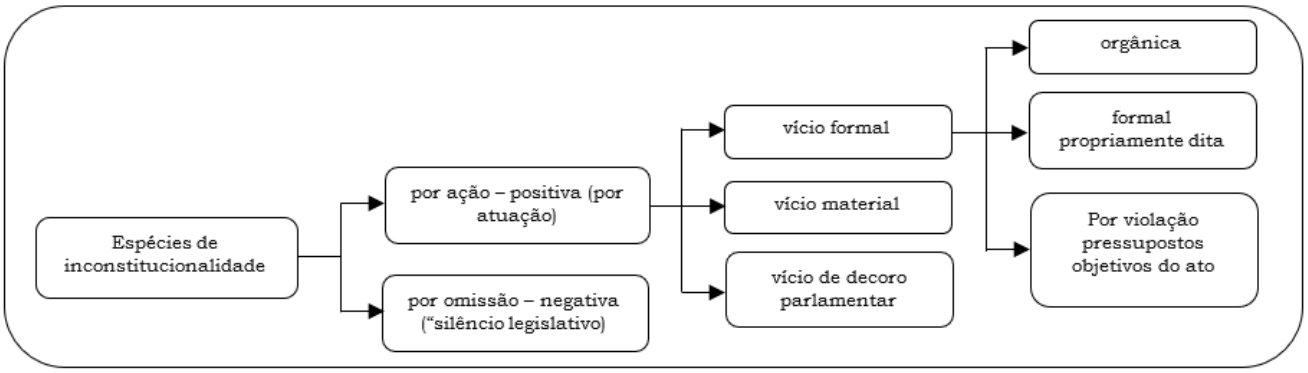
---

[38] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

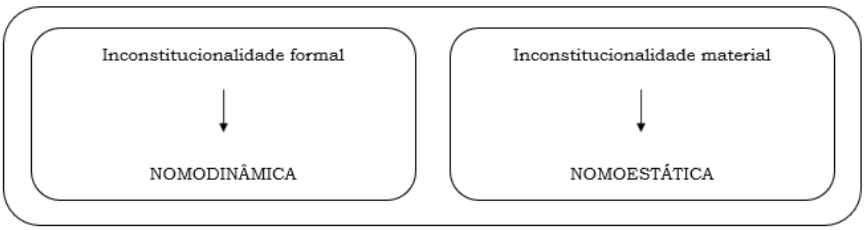
[39] Conforme analisaremos no item 6.7.1.3, esse conceito deve ser ampliado diante do conceito de bloco de constitucionalidade, por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, como também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5º, § 3º (EC nº 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não escritos) e, ainda, ampliativamente, segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem chamando de "ordem constitucional global". Essa última perspectiva, contudo, que abarcaria os valores suprapositivos, não vem sendo aceita como parâmetro de constitucionalidade para o direito brasileiro.

[40] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

Particularizando, a inconstitucionalidade por ação pode-se dar: a) do ponto de vista formal; b) do ponto de vista material; c) e estamos pensando em uma terceira forma em razão dos escândalos dos denominados "mensalão" e "mensalinho" para votar em um sentido ou em outro, "batizada" de "vício de decoro parlamentar".[41]



No tocante ao vício formal e material, a doutrina também tem distinguido as expressões nomodinâmica e nomoestática, respectivamente, para a inconstitucionalidade.[42] Na medida em que o vício formal decorre de afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo, isso nos dá a ideia de dinamismo, de movimento. Por sua vez, o vício material, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substância, estático.



6.3.2 Vício formal (inconstitucionalidade orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente dita e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato)

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a Lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum

[41] Depois de muito pensar e discutir, falar em vício de ética, vício de consentimento, a colega Simone Aparecida Smaniotto sugeriu "vício de decoro parlamentar", o que entendemos perfeito, tendo em vista a regra do art. 55, § 1º.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.*

vício em sua "forma", ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

Segundo Canotilho, os vícios formais "... incidem sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final".[43]

Podemos, então, falar em inconstitucionalidade formal orgânica, em inconstitucionalidade formal propriamente dita e em inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato.

6.3.2.1 Inconstitucionalidade formal orgânica

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato.

Para se ter um exemplo, o STF entende inconstitucional Lei municipal que discipline o uso do cinto de segurança, já que se trata de competência da União, nos termos do art. 22, XI, legislar sobre trânsito e transporte.

Outro exemplo, dentre tantos já apreciados pelo STF (cf. item 7.10 desta obra), foi assim ementado: "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalar regidos por contratos de natureza privada, universalizando a cobertura de doenças (Lei nº 11.446/1997, do Estado de Pernambuco). Vício formal. Competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial e sobre política de seguros (CF, art. 22, I e VII). Precedente: ADI nº 1.595-MC/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 2002, Plenário, maioria" (ADI 1.646, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2006, DJ de 2006). No mesmo sentido: ADI 1.595, Rel. Min. Eros Grau, j. 2005, DJ de 2006.

6.3.2.2 Inconstitucionalidade formal propriamente dita

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores.[44]

---

[43] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

[44] Ao tratar do processo legislativo, veremos que o processo de formação, da Lei compreende uma fase inicial, em que é deflagrado o referido procedimento, e outras duas fases, a constitutiva (deliberação parlamentar e executiva) e a complementar (promulgação e publicação), chamadas acima de fases posteriores à de iniciativa.

• Vício formal subjetivo: o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada)[45] do Presidente da República, como as que fixam ou modificam os efetivos das Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/1988. Iniciativa privativa, ou melhor, exclusiva ou reservada, significa, no exemplo, ser o Presidente da República o único responsável por deflagrar, dar início ao processo legislativo da referida matéria. Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a Lei será inconstitucional.

• Vício formal objetivo: por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma Lei Complementar sendo votada por um *quorum* de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a Lei Complementar, por força do art. 69, da CF/1988, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta.

Outro exemplo seria uma PEC votada com *quorum* diferente do previsto no art. 60, § 2º (3/5 em cada Casa e em 2 turnos de votação). Se isso ocorrer, a emenda promulgada padecerá de vício formal objetivo de inconstitucionalidade.

Outra hipótese seria a violação ao princípio do bicameralismo federativo. Como se sabe, os projetos de Lei Federal devem ser aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Se, eventualmente, projeto de Lei for modificado em sua substância pela Casa revisora, terá a emenda de voltar para a análise da Casa iniciadora, sob pena de configurar o vício formal objetivo.

Nesse ponto, a denominada "emenda de redação" pode existir na Casa revisora, mas desde que não signifique substancial modificação do texto aprovado na Casa iniciadora. Se isso ocorrer, terá de voltar para a análise da outra Casa (art. 65, parágrafo único), sob pena de se configurar o vício formal objetivo.

6.3.2.3 Inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo

Segundo Canotilho, "hoje, põe-se seriamente em dúvida se certos elementos tradicionalmente não reentrantes no processo legislativo não poderão ocasionar vícios de inconstitucionalidade. Estamos a referir-nos aos chamados pressupostos, constitucionalmente considerados como elementos determinantes de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias (pressupostos objectivos)".[46]

---

[45] Para análise do tema da iniciativa "privativa" (reservada ou exclusiva), cf. item 9.13.3.3.
[46] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição*.

Exemplificando, o autor lembra o art. 229, 2º, da Constituição portuguesa, que determina a audiência obrigatória, pelos órgãos de soberania, dos órgãos do governo regional, quanto a questões relativas às regiões autônomas, sob pena de faltar um pressuposto para o exercício da competência e, assim, caracterizar-se irregularidade do ato.

Nesse caso, a audiência e participação obrigatórias "... são elementos externos ao procedimento de formação das leis...", e a sua falta gera a inconstitucionalidade formal, já que os pressupostos do ato legislativo devem ser entendidos como "elementos vinculados do ato legislativo".[47]

Transportando a teoria de Canotilho para o direito brasileiro, valemo-nos de exemplos trazidos por Clèmerson Merlin Clève, quais sejam, a edição de medida provisória sem a observância dos requisitos da relevância e urgência (art. 62, caput) ou a criação de Municípios por Lei Estadual sem a observância dos requisitos do art. 18, § 4º.

Neste último exemplo, o ilustre professor observa que a "... Lei Estadual dispondo sobre a criação de novo Município, ainda que regularmente votada e sancionada, mas sem observar o pressuposto referido, estará maculada por inafastável vício de inconstitucionalidade formal. O mesmo se verifica no caso do art. 18, § 3º, da Lei fundamental da República".[48]

Também concordamos com esse pensamento. O tema foi apreciado no julgamento da ADI 2.240, na qual se discutia a constitucionalidade, da Lei baiana nº 7.619/2000, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, sem a total observância dos pressupostos fixados no art. 18, § 4º. O pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas não pronunciou a nulidade do ato, mantendo sua vigência por mais 24 meses (efeito prospectivo ou para o futuro), tema que será retomado no item 6.7.1.9 deste trabalho. Cabe lembrar que a EC nº 57/2008 convalidou a criação de vários Municípios, em nosso entender, de modo inconstitucional, ilegítimo e até imoral (cf. item 6.7.4.9).

6.3.3 Vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário)

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à "matéria", ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio, da Lei maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma Lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.

Nas palavras de Barroso, "a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a Lei ou ato normativo e a Constituição.

---

[47] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*
[48] CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.*

Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de Lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (art. 5º, caput, e art. 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas".[49]

A inconstitucionalidade material é também conhecida como nomoestática.[50]

Observamos que uma Lei pode padecer somente de vício formal, somente de vício material, ou ser duplamente inconstitucional por apresentar tanto o vício formal como o material.

6.3.4 Vício de decoro parlamentar(?)

Como se sabe e foi publicado em jornais, revistas etc., muito se falou em um esquema de compra de votos, denominado "mensalão", para votar de acordo com o governo ou em certo sentido.

As CPIs vêm investigando e a Justiça apurando, e, uma vez provados os fatos, os culpados deverão sofrer as sanções de ordem criminal, administrativa, civil etc.

O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

Entendemos que sim, e, no caso, trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1º, "é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas".

Dito isso, cabe lembrar que, no julgamento da AP 470 (conhecida como "mensalão"), ficou demonstrado o esquema de corrupção para compra de apoio político.[51]

Como noticiado, ""houve, efetivamente, a distribuição de milhões de reais a parlamentares que compuseram a base aliada do governo, distribuição essa executada mais direta e pessoalmente por Delúbio Soares, Marcos Valério e Simone Vasconcelos, como nós vimos nas últimas sessões de julgamento", disse o ministro-relator. Ele afirmou que o

---

[49] BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*.

[50] Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*.

[51] A AP 470, sem dúvida, pode ser considerada o maior e mais complexo julgamento da história do STF, iniciado em 02.08.2012 e concluído em 17.12.2012, tomando praticamente toda a pauta do segundo semestre de 2012. Com 38 réus, os autos somaram 234 volumes, 495 apensos e um total de 50.199 páginas. Foram 53 sessões de julgamento e horas de trabalho. O acórdão foi publicado no DJE de 2013, com surpreendentes 8.405 páginas. O STF julgou, ainda, embargos de declaração e infringentes interpostos.

responsável pela articulação da base aliada era José Dirceu, que se reunia frequentemente com líderes parlamentares que receberam dinheiro em espécie do Partido dos Trabalhadores para a aprovação de determinadas emendas constitucionais. O dinheiro, afirma o ministro, foi distribuído em espécie na agência do Banco Rural, em Brasília, "onde Simone Vasconcelos dispunha de uma sala reservada para a entrega do numerário aos parlamentares e aos seus intermediários"" (Notícias STF de 03.10.2012).

Ainda, de acordo com as Notícias STF de 04.10.2012, para a Ministra Rosa Weber, ""houve, sem dúvida, um conluio" para a compra de apoio de deputados federais – não todos – para as votações a favor do governo na Câmara dos Deputados. O dinheiro, prossegue a ministra, veio de recursos, pelo menos em parte, públicos. Ela ressaltou que os parlamentares receberam dinheiro ilicitamente, "caso contrário o pagamento não teria ocorrido pela forma como foi feito, sempre às escondidas, mediante a utilização de terceiros e o recebimento de vultosos valores em espécie, inclusive malas em quartos de hotel"".

E continua: ""aos meus olhos, ficou evidente que o Partido dos Trabalhadores costumava alcançar dinheiro a outros partidos, entregando-o a parlamentares ou membros da organização partidária", considerou a Ministra. Tal prática, conforme ela, ocorria para a obtenção de apoio político no Parlamento. "Disso, resulta a verossimilhança na descrição dos fatos pela denúncia. Foi criado um esquema para pagar deputados federais em troca de seus votos na Câmara Federal e os valores eram expressivos. Esses recursos tinham origem em peculato, em gestão fraudulenta do Banco Rural, em empréstimos simulados, foi o que se concluiu por este Plenário, ainda que por maioria", completou a Min. Rosa Weber" (Notícias STF de 04.10.2012 – original sem grifos – cf. Infs. 682 e 683/STF).

Pois bem, diante do julgamento da citada AP 470, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL (ADI 4.887), a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB (ADI 4.888) e o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 4.889) ajuizaram ADIs no STF objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Reforma da Previdência (ECs nº 41/2003 e 47/2005), alegando aprovação mediante compra de votos de parlamentares, liderados por réus condenados no "mensalão", qual seja, o por nós denominado vício de decoro parlamentar.

A "tese" que lançamos no ano de 2005, e já colocada neste nosso livro a partir de sua 9ª edição, foi admitida pela PGR em seu parecer na ADI 4.887, tendo sido denominada "vício na formação da vontade no procedimento legislativo", a ensejar a violação aos princípios democráticos e do devido processo legislativo, implicando, necessariamente, a inconstitucionalidade do ato normativo (parecer/PGR nº 10.323-RG, item 27).

Contudo, o posicionamento do MPF é no sentido da improcedência da ADI. Vejamos: "na ação penal 470, foram condenados 7 parlamentares em razão da sua participação no esquema de compra e venda de votos e apoio político que ficou conhecido como "mensalão".

Não se pode presumir, sem que tenha havido a respectiva condenação judicial, que outros parlamentares foram beneficiados pelo esquema e, em troca, venderam seus votos para a aprovação das ECs 41/2003 e 47/2005. Assim, mesmo com a desconsideração dos votos dos 7 deputados condenados, os dois turnos de votação das emendas constitucionais na Câmara dos Deputados superam o *quorum* qualificado exigido pela Constituição para a sua aprovação" (parecer/MPF).

Vamos aguardar como o STF enfrentará essa importante questão. Em nosso entender, sem dúvida, o comprovado esquema de compra e venda de votos para se conseguir apoio político enseja o por nós denominado vício de decoro parlamentar a caracterizar a inconstitucionalidade de Lei ou de ato normativo, pois que maculados a essência do voto e o conceito de representatividade popular. Nesse sentido, inclusive, concordou a PGR conforme visto acima. Teremos que aguardar se o STF vai considerar isoladamente os 7 votos dos parlamentares condenados (linha do parecer da PGR) ou a premissa exposta pela Ministra Rosa Weber de que o Partido dos Trabalhadores alimentava e incentivava o esquema a contaminar, como um todo, o procedimento ou, ao menos, a contaminar os votos dos parlamentares eleitos pela legenda e sua base aliada.

Esse sentido de uma contaminação mais ampla do procedimento parece poder ser extraído do julgamento da AP 470 que, ao identificar os focos do esquema, reconheceu a capacidade de manipulação, sugerindo-se uma "contaminação" mais avassaladora. Vejamos a ementa:

"[...] 5. Parlamentares beneficiários das transferências ilícitas de recursos detinham poder de influenciar os votos de outros parlamentares de seus respectivos partidos, em especial por ocuparem as estratégicas funções de Presidentes de partidos políticos, de líderes parlamentares, líderes de bancadas e blocos partidários. Comprovada a participação, no recebimento da propina, de intermediários da estrita confiança dos parlamentares, beneficiários finais do esquema. Depoimentos e recibos informais apreendidos no curso das investigações compõem as provas da prática criminosa" (AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2012, Plenário, DJE de 2013).

Sem dúvida, um grande tema, pendente de julgamento pelo STF.

6.3.5 "Estado de coisas inconstitucional"

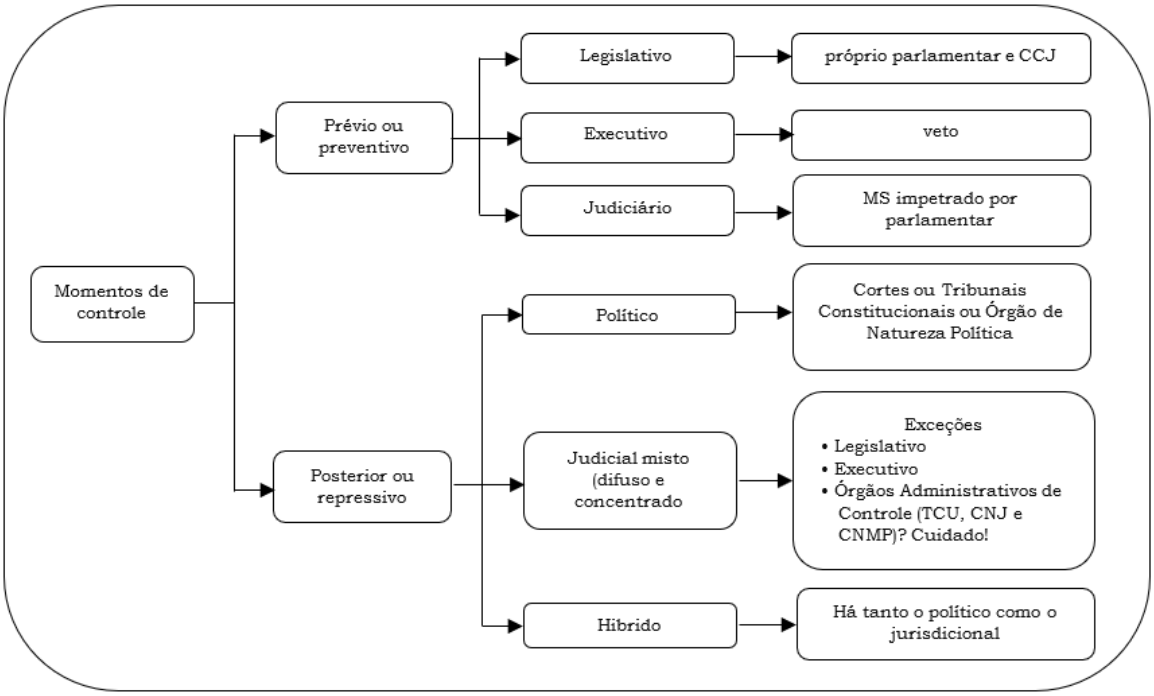
A terminologia "estado de coisas inconstitucional" foi utilizada pelo Min. Marco Aurélio, no julgamento da cautelar na ADPF 347 (j. 2015), a partir de decisão proferida pela Corte Constitucional da Colômbia (mérito pendente).

Segundo esclareceu, "presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja

modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional"".

Assim, o STF determinou: a) "ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional"; b) a obrigação de todos os "juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão".

6.4 Momentos de controle



A classificação que passamos a analisar diz respeito ao momento em que será realizado o controle, qual seja, antes de o projeto de Lei virar Lei (controle prévio ou preventivo), impedindo a inserção no sistema normativo de normas que padeçam de vícios, ou já sobre a lei, geradora de efeitos potenciais ou efetivos (controle posterior ou repressivo).

6.4.1 Controle prévio ou preventivo

Como vimos acima, o controle prévio é o realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Logo no momento da apresentação de um projeto de lei, o iniciador, a "pessoa", o órgão que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei.

O controle prévio também é realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

6.4.1.1 Controle prévio ou preventivo realizado pelo legislativo

O legislativo verificará, através de suas comissões de Constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade.

De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (vide Res. da CD nº 20/2004 – DCD, de 2004, Suplemento), enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. O pleno das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações.

Michel Temer observa que tal controle nem sempre se verifica em relação a todos os projetos de atos normativos, citando a sua inocorrência, por exemplo, sobre projetos de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos.[52]

Questão interessante pode surgir indagando se o parecer negativo das Comissões de Constituição e Justiça, declarando a inconstitucionalidade do projeto de lei, inviabilizaria o seu prosseguimento.

O art. 101, § 2º do Regimento Interno do Senado Federal[53] dispõe que, em se tratando de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício. No entanto, a regra geral é a do seu § 1º, ao estabelecer que, quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, desde que não seja unânime o parecer, se houver recurso interposto nos termos do art. 254 do RI, ou seja, interposto por no mínimo 1/10 dos membros do Senado, manifestando opinião favorável ao seu processamento.

Da mesma forma, o art. 54, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[54] estabelece que será "terminativo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria" (inciso com redação adaptada à Res. nº 20/2004). No entanto, há a previsibilidade de recurso para o pleno da Casa contra referida deliberação, nos termos dos art. 132, § 2º; art. 137, § 2º; e art. 164, § 2º, do referido Regimento Interno.

---

[52] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[53] Res. nº 93/1970, devidamente consolidada (Regimento Interno) em relação ao texto editado no final da 49ª (quadragésima nona) Legislatura, nos termos do Ato da Mesa do Senado Federal nº 1/1999, em cumprimento ao disposto no art. 402 regimental.

[54] Aprovado pela Res. nº 17/1989, e alterado pelas Resoluções nº. 1/1991, 3/1991, 10/1991, 22/1992, 24/1992, 25/1993, 37/1993, 38/1993, 57/1994, 58/1994, 1/1995, 77/1995, 78/1995, 80/1995, 5/1996, 8/1996, 15/1996, 33/1999, 11/2000, 16/2000, 19/2001, 21/2001, 25/2001, 28/2002, 15/2003, 20/2004, 22/2004, 23/2004, 30/2005, 34/2005, 45/2006 e 50/2006.

6.4.1.2 Controle prévio ou preventivo realizado pelo executivo

Como veremos melhor ao estudar o processo legislativo, o Chefe do Executivo, aprovado o projeto de lei, poderá sancioná-lo (caso concorde) ou vetá-lo.

O veto dar-se-á quando o Chefe do Executivo considerar o projeto de Lei inconstitucional ou contrário ao interesse público. O primeiro é o veto jurídico, sendo o segundo conhecido como veto político.

Assim, caso o Chefe do Executivo entenda ser inconstitucional o projeto de Lei poderá vetá-lo, exercendo, desta feita, o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, antes de o projeto de Lei transformar-se em lei.

Referido veto, necessariamente, nos termos do art. 66, § 4º, da CF/1988, será apreciado em sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dentro de 30 dias a contar de seu recebimento, podendo, pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em votação ostensiva, ou seja, por voto "aberto" (lembramos que a EC nº 76/2013 aboliu a votação secreta nessa hipótese), ser rejeitado (afastado), produzindo, nesse caso, os mesmos efeitos que a sanção.

Derrubado o veto, o projeto deverá ser enviado ao Presidente da República para promulgação, da Lei no prazo de 48 horas e, se este não o fizer, caberá ao Presidente do Senado Federal a promulgação, em igual prazo, e, caso este não a promulgue, caberá ao Vice-Presidente do Senado Federal fazê-lo (art. 66, § 7º, da CF/1988).

Na hipótese de o veto ser mantido, o projeto será arquivado, aplicando-se a regra contida no art. 67, que consagra a regra da irrepetibilidade.

Imaginando a hipótese de derrubada do veto e a consequente promulgação, da Lei, naturalmente, a correspondente lei, ato normativo, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, agora, porém, o chamado controle posterior ou repressivo.

6.4.1.3 Controle prévio ou preventivo realizado pelo judiciário

O controle prévio ou preventivo de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário sobre PEC ou projeto de Lei em trâmite na Casa Legislativa busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental.

Assim, deve-se deixar claro que a legitimação para a impetração do MS é exclusiva do parlamentar, na medida em que o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido (devido processo legislativo) pertence somente aos membros do Poder Legislativo. A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de negar a legitimidade ativa

ad causam a terceiros, que não ostentem a condição de parlamentar, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura Lei ou emenda à Constituição, sob pena de indevida transformação em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato, inexistente em nosso sistema constitucional (vide RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 139/19783, Rel. Min. Octavio Gallotti, e, ainda, MS 21.642-DF, MS 21.747-DF, MS 23.087-SP, MS 23.328-DF).

E a perda superveniente do mandato parlamentar?

Parece ter razão o Min. Celso de Mello ao afirmar que a perda superveniente de titularidade do mandato legislativo desqualifica a legitimação ativa do congressista. Isso porque "... a atualidade do exercício do mandato parlamentar configura, nesse contexto, situação legitimante e necessária, tanto para a instauração quanto para o prosseguimento da causa perante o STF. Inexistente, originariamente, essa situação, ou, como se registra no caso, configurada a ausência de tal condição, em virtude da perda superveniente do mandato parlamentar no Congresso Nacional, impõe-se a declaração de extinção do processo de mandado de segurança, porque ausente a legitimidade ativa *ad causam* do ora impetrante, que não mais ostenta a condição de membro de qualquer das Casas do Congresso Nacional" (MS 27.971, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, decisão monocrática, DJE de 2011).

Outro entendimento acarretaria a conversão do mandado de segurança, que não pode ser utilizado para a impugnação de normas em tese, em ADI, situação essa não admitida em nosso ordenamento jurídico.

E quais os limites do controle judicial?

Nos termos da jurisprudência do STF, o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário durante o processo legislativo abrange somente a garantia de um procedimento em total conformidade com a Constituição, não lhe cabendo, contudo, a extensão do controle sobre aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis*, vedando-se, desta feita, interpretações das normas regimentais (cf.: MS 22.503-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 1996, Tribunal Plenário,[55] DJ de 1997, descrevendo o posicionamento da Suprema Corte).

---

[55] No mesmo sentido o Inf. 30/STF: "Por maioria de votos, o Tribunal conheceu em parte de mandado de segurança impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que determinara o processamento de proposta de emenda constitucional em alegada violação a normas do Regimento Interno daquela casa legislativa e ao art. 60, § 5º, da CF/1988 ("A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."). Reconhecendo a existência, em tese, de direito subjetivo dos impetrantes-parlamentares a não serem compelidos a participar de processo legislativo que se tenha por contrário à Constituição, o Tribunal afastou a preliminar de carência de ação suscitada nas informações da autoridade apontada como coatora. Prevaleceu, de outra parte, o entendimento de que as questões regimentais levantadas pelos impetrantes estariam imunes ao controle judicial, por estarem compreendidas, em princípio, no conceito de *interna corporis*. Contra: os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello – que dele conheciam integralmente –, e dos Ministros Carlos Velloso e Octavio Gallotti – que dele não conheciam –, o mandado de segurança foi conhecido em parte, nos limites do fundamento constitucional. Precedentes citados: MS 20257 (RTJ 99/1031); MS 21754 (AgRg) (Plenário, 1993); MS 21648 (Plenário, 1993); MS 22183 (Plenário, 1995). MS 22.503-DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio; Rel. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, 1996".

Os limites desse controle jurisdicional foram bem delimitados pela Corte no julgamento do MS 32.033 (Rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, j. 2013, Plenário, DJE de 2014), impetrado, preventivamente, por parlamentar, questionando projeto de Lei que criava novas regras em relação à transferência dos recursos do fundo partidário e ao horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão nas hipóteses de migração partidária (PL nº 4.470/2012 – aprovado pela Câmara e recebido no Senado Federal como PLC nº 14/2013, tendo sido transformado na Lei nº 12.875/2013).

De acordo com o voto do Min. Teori Zavascki, que abriu a divergência, contrário a uma posição mais elástica sustentada pelo Min. Gilmar Mendes (vencido), a Constituição admite o controle judicial preventivo, por meio de mandado de segurança a ser impetrado exclusivamente por parlamentar, em duas únicas hipóteses:

• PEC manifestamente ofensiva a cláusula pétrea (MS 20.257/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1980 – *leading case*);

• projeto de Lei ou PEC em cuja tramitação se verifique manifesta ofensa a cláusula constitucional que disciplina o correspondente processo legislativo.

Ou seja, em relação a projeto de lei, o STF restringiu o controle preventivo apenas para a hipótese de violação ao devido processo legislativo, não se admitindo a discussão sobre a matéria, buscando, assim, resguardar a regularidade jurídico-constitucional do procedimento, sob pena de se violar a separação de poderes.

Observem que essa delimitação de atuação do controle judicial se deu em relação ao projeto de lei, e não à PEC (proposta de emenda à Constituição). Isso porque o art. 60, § 4º, veda a proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea. Em nenhum momento a Constituição vedou a tramitação de projeto de Lei que tenda a abolir cláusula pétrea. Ou seja, procurando ser mais claro: a) em relação a projeto de lei, o controle judicial não analisará a matéria, mas apenas o processo legislativo; b) em relação à PEC, o controle será mais amplo, abrangendo não apenas a regularidade de procedimento, mas, também, a matéria, permitindo o trancamento da tramitação de PEC que tenda a abolir cláusula pétrea.

Com esse entendimento, a Corte evitou a universalização do controle preventivo e a necessidade de enfrentamento judicial precoce de questões políticas, que encontram um ambiente muito mais adequado de discussão, que é a Casa Legislativa.[56] Vejam que o

[56] Nessa perspectiva restritiva em relação ao controle judicial, cf. decisão do Ministro Barroso, negando liminar em MS preventivo impetrado por parlamentares com o objetivo de obstar a tramitação de PEC que passaria a exigir a aprovação do Congresso Nacional para a demarcação de terras indígenas, sob o argumento de violação de cláusula pétrea (MS 32.262, j. 2013, Inf. 721/STF – pendente de julgamento). Em suas palavras, "a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a incumbência de servir como o espaço público de vocalização de ideias, opiniões e interesses de todos os segmentos da sociedade. Somente por exceção extrema se deve obstar a discussão de um assunto de interesse público. Tal como compreendido atualmente, o ideal de governo democrático é o deliberativo, em que a ênfase recai sobre a capacidade de cidadãos, livres e iguais, decidirem seu futuro em um processo argumentativo honesto, em que prevaleça a força das melhores razões. Embora a deliberação não se restrinja (nem deva se restringir) aos órgãos formais de representação política, é inegável sua importância nesse cenário".

questionamento sobre a matéria, da Lei (se o projeto de Lei for transformado) poderá ser realizado em momento oportuno no controle concentrado a ser provocado pelos legitimados do art. 103.

Conforme estabeleceu o Min. Fux em seu voto, "essa aparente contradição entre os valores albergados pelo Estado Democrático de Direito impõe um dever de cautela redobrado no exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, certo é que os tribunais não podem asfixiar a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não eleitos pelo povo, como, aliás, testemunhado pela história constitucional norte-americana durante a cognominada Era da Lochner (1905-1937), período em que a Suprema Corte daquele país freou a implantação do Estado social a partir de uma exegese inflacionada da cláusula aberta do devido processo legal (CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional Law*)".

E delimitou com precisão: "no caso vertente, não se sabe se o projeto de Lei será arquivado, alterado ou aprovado. A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma supremocracia. Na realidade, tutelar o direito dos parlamentares de oposição, diversamente do que abreviar a discussão, como pretende o Impetrante, é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparentes e com os canais de participação abertos a todos os que queiram deles participar. Esse sim é o modelo de atuação legislativa legítima, tal qual concebido por John Hart Ely" (em seu voto).

6.4.1.4 Controle prévio ou preventivo realizado pelo poder judiciário e a perspectiva das "normas constitucionais interpostas" (Zagrebelsky)

O posicionamento acima exposto (MS 22.503), pela total não apreciação e interpretação de normas do Regimento Interno do Parlamento e que é a regra (inclusive para ser adotada nos concursos públicos), poderia ser visto com temperamentos quando se tratar de normas constitucionais interpostas.

A tese foi discutida pelo Min. Gilmar Mendes no MS 26.915,[57] no qual se questionava a amplitude do art. 43 do RICD, que veda Deputado Federal relator de certa proposta de presidir a Comissão na qual será apreciada a matéria ("Art. 43. Nenhum Deputado poderá

[57] Cf. a íntegra da medida liminar em Inf. 483/STF, tendo sido a decisão publicada no DJU de 2007. Em 2012, foi julgado prejudicado o pedido do referido MS, por perda de objeto (art. 21, IX, do RISTF). Apenas para conhecimento, o PGR manifestou-se pela denegação da ordem no sentido de que "... as questões referentes exclusivamente à interpretação e à aplicação dos regimentos internos das casas legislativas constituem matéria interna corporis, da alçada exclusiva da respectiva casa, sendo, portanto, imunes ao controle judicial, em homenagem ao princípio da separação dos poderes", não admitindo, portanto, a proposta inaugurada pelo Min. Gilmar Mendes das normas constitucionais interpostas.

presidir reunião de Comissão quando se debater ou votar matéria da qual seja Autor ou Relator. Parágrafo único. Não poderá o Autor de proposição ser dela Relator, ainda que substituto ou parcial").

Referido mandado de segurança impugnava a nomeação do Deputado Pedro Novais (PMDB/MA) para a presidência da Comissão especial que analisou a PEC nº 558/2006, a qual trata da prorrogação da CPMF, tendo em vista que ele seria um dos autores da proposição.

Em um primeiro momento (voto monocrático e em sede de medida cautelar), o Rel. Min. Gilmar Mendes analisou o Regimento Interno à luz do devido processo legislativo e, assim, entendeu que a regra fixada no art. 43 do RICD não se aplica aos projetos de Emenda Constitucional (PEC), indeferindo, portanto, o pedido de medida liminar, por estarem ausentes a fumaça do bom direito (plausibilidade jurídica) e o perigo na demora da decisão.

Mendes, trazendo em pauta o estudo de Gustavo Zagrebelsky, asseverou que "... se as normas constitucionais fizerem referência expressa a outras disposições normativas, a violação constitucional pode advir da violação dessas outras normas, que, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos, constituindo-se normas constitucionais interpostas (ZAGREBELSKY, Gustavo: *La Giustizia Costituzionale*). Na verdade, o órgão jurisdicional competente deve examinar a regularidade do processo legislativo, sempre tendo em vista a constatação de eventual afronta à Constituição (CANOTILHO, J. J Gomes*: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de Constitucionalidade*), mormente, aos direitos fundamentais" (MS 26.915-MC/DF, 2007).

Assim, o tema ganha outro "colorido" à luz dessa nova perspectiva, devendo o conceito de matéria *interna corporis* ser temperado à luz da ideia das normas constitucionais interpostas que, segundo o Min. Gilmar Mendes, apresentariam uma força normativa diferenciada por derivar diretamente da Constituição (tema pendente de julgamento e aprofundamento pelo STF, já que o referido MS foi extinto sem a apreciação da matéria).[58]

6.4.2 Controle posterior ou repressivo

O controle posterior ou repressivo será realizado sobre a lei, e não mais sobre o projeto de lei, como ocorre no controle preventivo.

Vale dizer, os órgãos de controle verificarão se a lei, ou ato normativo, ou qualquer ato com indiscutível caráter normativo, possuem um vício formal (produzido durante o processo

[58] Novamente, para efeito de concursos, adotar o entendimento do citado parecer do MPF no sentido de impossibilidade de apreciação das matérias interna corporis, sob pena de se violar o princípio da separação de poderes. Alertamos, contudo, que o conceito de "normas constitucionais interpostas" já foi perguntado em concursos públicos.

de sua formação), ou se possuem um vício em seu conteúdo, qual seja, um vício material. Mencionados órgãos variam de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado, podendo ser político, jurisdicional, ou híbrido.

6.4.2.1 Controle político

Verifica-se em Estados onde o controle é exercido por um órgão distinto dos três Poderes, órgão esse garantidor da supremacia da Constituição. Tal sistema é comum em países da Europa, como Portugal e Espanha, sendo o controle normalmente realizado pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais.[59]

Luís Roberto Barroso, como José Afonso da Silva, destaca o modelo francês estabelecido na Constituição de 1958 e que fixou um Conselho Constitucional, composto de 9 Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo como membros natos os ex-Presidentes da República, como exemplo de controle político.

No Brasil, Barroso sustenta que o veto do Executivo a projeto de lei, por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico), bem como a rejeição de projeto de Lei na CCJ seriam exemplos de controle político.[60]

6.4.2.2 Controle jurisdicional

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto por um único órgão (controle concentrado) – no caso do direito brasileiro, pelo STF e pelo TJ – como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), admitindo, naturalmente, o seu exercício por juízes em estágio probatório, ou seja, sem terem sido vitaliciados, bem como por juízes dos juizados especiais.

O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto, porque realizado pelo Poder Judiciário – daí ser jurisdicional, tanto de forma concentrada (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).[61]

---

[59] Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional*; FERREIRA, Pinto: *Princípios gerais do direito constitucional moderno*; e MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.* José Afonso da Silva, de maneira mais abrangente, observa que "o controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o Presidium do Soviete Supremo, da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, nº 4) e o Conseil Constitutionnel da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63)" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.).

[60] BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*.

[61] Alfredo Buzaid, em lapidar lição, já dizia, em 1958, que o controle de constitucionalidade no Brasil era exercido em duas modalidades: "a) pelo controle difuso, no processo comum, quando a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo: esta arguição é feita incidenter tantum e constitui sempre questão prejudicial; b) pelo sistema concentrado, por meio de ação direta, intentada pelos legitimados pela Constituição, em que o objetivo próprio do processo é a declaração da inconstitucionalidade" (*apud* GRINOVER, Ada Pellegrini: *Controle da constitucionalidade*.).

Importante anotar que os controles difuso e concentrado são realizados com autonomia, não podendo um condicionar a sua admissibilidade à inviolabilidade do outro. Claro que se já houver decisão no controle concentrado, mesmo em sede de medida cautelar, poderá haver repercussão sobre o controle difuso.

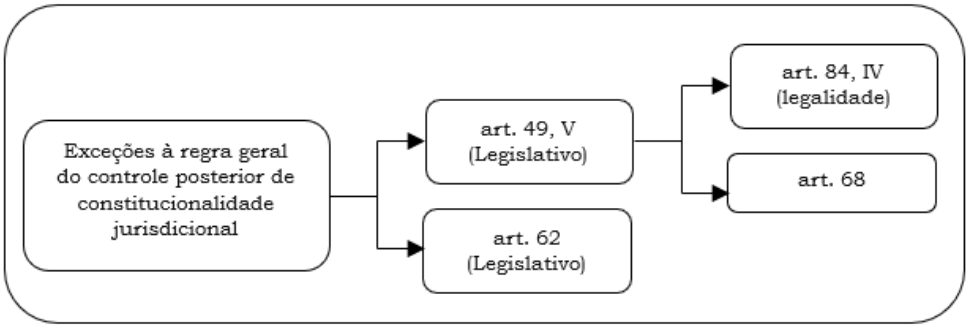
6.4.2.3 Controle híbrido

No controle que chamamos de híbrido, temos uma mistura dos outros dois sistemas acima noticiados. Assim, algumas normas são levadas a controle perante um órgão distinto dos três Poderes (controle político), enquanto outras são apreciadas pelo poder judiciário (controle jurisdicional).

6.4.2.4 Exceções à regra geral do controle jurisdicional posterior ou repressivo

Vimos que o controle posterior ou repressivo (sucessivo) no Brasil, por regra, é exercido pelo Poder Judiciário, de forma concentrada ou difusamente. A essa regra, no entanto, surgem exceções, destacando-se a atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como a particular atribuição dos ditos órgãos administrativos autônomos de controle (TCU, CNJ, CNMP), que, conforme veremos, não exercem o controle de constitucionalidade propriamente dito.

6.4.2.4.1 Controle posterior ou repressivo exercido pelo Legislativo



A primeira exceção à regra geral do controle posterior jurisdicional misto (difuso e concentrado) vem prevista no art. 49, V, da CF/1988, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Mencionado controle será

realizado através de Decreto Legislativo a ser expedido pelo Congresso Nacional. Vamos às hipóteses:

• Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar: como veremos melhor ao tratar do Poder Executivo, é de competência exclusiva do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução, da Lei (art. 84, IV). Portanto, ao Chefe do Executivo compete regulamentar uma Lei expedida pelo Legislativo, e tal procedimento será feito por Decreto presidencial. Pois bem, se no momento de regulamentar a Lei o Chefe do Executivo extrapolá-la, disciplinando além do limite nela definido, este "a mais" poderá ser afastado pelo Legislativo por meio de Decreto Legislativo. Cabe alertar que, no fundo, esse controle é de legalidade e não de inconstitucionalidade, como apontado por parte da doutrina, pois o que se verifica é em que medida o Decreto regulamentar extrapolou os limites, da Lei;

• Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa: como veremos ao estudar as espécies normativas, a Constituição atribuiu competência ao Presidente da República para elaborar a Lei delegada, mediante delegação do Congresso Nacional, através de resolução, especificando o conteúdo e os termos de seu exercício (art. 68). Pois bem, no caso de elaboração de Lei delegada pelo Presidente da República, extrapolando os limites da aludida resolução, poderá o Congresso Nacional, utilizando-se de Decreto Legislativo, sustar o referido ato que exorbitou dos limites da delegação legislativa.

A segunda exceção à regra geral está prevista no art. 62, da CF/1988. Conforme estudaremos adiante, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (Poder Legislativo). Entendendo-a inconstitucional (vejam: as medidas provisórias têm força de lei), o Congresso Nacional estará realizando controle de constitucionalidade. Trata-se de exceção à regra geral, haja vista que, nessa hipótese, o controle não é exercido pelo Judiciário (lembrem: o Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional misto), mas sim pelo Legislativo.

6.4.2.4.2 Controle posterior ou repressivo exercido pelo Executivo

Como se sabe, o princípio da supremacia da Constituição produz efeitos irradiantes em todos os Poderes da República, os quais, por sua vez, devem cumprir as leis que se coadunem com a Constituição.

O grande problema surge quando a Lei é inconstitucional. Devem os Poderes necessariamente aplicá-la, ou podem, sem qualquer formalidade, deixar de cumpri-la sob o fundamento de violação da Constituição?

• Entendimento antes do advento, da CF/1988: como vimos, o controle concentrado surge somente com a EC nº 16/1965, que estabelece, como exclusivo legitimado, o PGR. Assim, antes do texto de 1988, que ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADI, os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos) não tinham competência para ajuizar ação buscando, em controle concentrado, discutir a constitucionalidade, da Lei.

Nesse primeiro momento, portanto, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que o Chefe do Executivo poderia deixar de aplicar uma Lei por entendê-la inconstitucional, cabendo-lhe, ainda, baixar determinação, na condição de superior hierárquico, para que os seus subordinados também não cumprissem a lei.

Isso porque a análise da constitucionalidade, da Lei não era tida como monopólio do Judiciário, embora tivesse o seu controle final (Caio Tácito, RDA 59/339 e s.).

Naturalmente a ação ou omissão do Poder Executivo poderia ser discutida no Judiciário, que daria a "palavra final" sobre a aplicação ou não, da Lei (como se sabe, o Judiciário é o intérprete final, da Lei), obrigando, após a decisão, à necessária observância do dispositivo legal.[62]

• Entendimento a partir do advento, da CF/1988: já vimos que o argumento para justificar a possibilidade de descumprimento, da Lei pelo Executivo fundava-se no fato de a legitimação para o controle concentrado de constitucionalidade das leis ser exclusiva do PGR.

Assim, aparentemente, com o advento, da CF/1988, que ampliou a legitimação para o ajuizamento da ADI (art. 103, expandida para a ADC pela EC nº 45/2004), não mais se admitiria o descumprimento de Lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo.

A tese ganhou alguns adeptos na doutrina.[63] Outros, porém, alertaram para uma realidade: de fato, pela nova regra, são legitimados o Presidente da República (art. 103, I) e os Governadores dos Estados e do DF (art. 103, V). E quanto aos Prefeitos?

Estes não estão previstos no rol de legitimados do art. 103. Então alguns sustentavam que poderiam os Prefeitos, e somente eles, descumprir a Lei flagrantemente inconstitucional, determinando a sua não aplicação para os subordinados hierárquicos.

---

[62] "EMENTA: É constitucional decreto de chefe de poder executivo estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do poder executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864/1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente" (Rp 980/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1979, Plenário, DJ de 1980, RTJ 96-03/496). Nesse mesmo sentido, ainda: "O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais" (Recurso de MS 13.950, j. 1968, Min. Amaral Santos, RDA 97/116).

[63] VELOSO, Zeno: *Controle jurisdicional de constitucionalidade*

Essa tese, contudo, mostrou-se bastante complicada, pois, em certa medida, acarretava maior atribuição de poderes aos Chefes dos Executivos municipais em detrimento dos estaduais e em relação ao Presidente da República.

Em virtude dessa situação, buscou a doutrina outra justificativa, que não a meramente formal, para a configuração da tese do descumprimento, da Lei e, assim, manter a regra que prevalecia antes do texto de 1988: princípio da supremacia da Constituição e da regra de que a aplicação de Lei inconstitucional é o mesmo que a negativa de aplicação da própria Constituição.[64]

Entendemos que a tese a ser adotada é a da possibilidade de descumprimento, da Lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo.

Isso porque entre os efeitos do controle concentrado está a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 e art. 102, § 2º, da CF/1988 – EC nº 45/2004).

Outro argumento a fortalecer a ideia da possibilidade de descumprimento, da Lei flagrantemente inconstitucional pelo Executivo decorre dos efeitos da súmula vinculante (Reforma do Judiciário), que, uma vez editada, vinculará a Administração Pública, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal (art. 64-B, da Lei nº 9.784/1999, introduzido pela Lei nº 11.417/2006).

Antes, porém, a *contrario sensu* e desde que não exista qualquer medida judicial em sentido contrário, tecnicamente, poderá o Chefe do Executivo determinar a não aplicação de Lei flagrantemente inconstitucional.

• E qual a posição do STF e do STJ sobre o tema?

Encontramos apenas um precedente no STF, que não aprofunda muito o assunto: "... O controle de constitucionalidade, da Lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de Lei que considerem inconstitucionais" (ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 1993 – grifamos).

A 1ª Turma do STJ, por sua vez, já enfrentou o tema com maior veemência, consagrando a tese do controle posterior ou repressivo pelo Executivo: "Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. O poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional" (REsp 23121/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1993, 1ª T., DJ de 1993, LEXSTJ 55/152).

---

[64] Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*; CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*; e BINENBOJM, Gustavo: *A nova jurisdição constitucional brasileira.*

6.4.2.4.3 “Órgãos administrativos autônomos de controle” (TCU, CNJ e CNMP) exercem controle de constitucionalidade?

Não.

Referidos órgãos não exercem nem o controle concentrado, nem mesmo o controle difuso de constitucionalidade.

A atuação dos ditos “órgãos administrativos autônomos de controle” vem sendo discutida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, especialmente em razão da S. 347/STF, editada em 1963, que tem a seguinte orientação, causando muita divergência: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Conforme anota Bulos, embora os Tribunais de Contas “... não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto”.[65]

Mas será que esse seria um caso de efetivo controle de constitucionalidade? Veremos que não, já deixando claro o atual posicionamento do STF, que nos parece o mais acertado.

Alertamos, inclusive, que a subsistência da S. 347 em seu sentido original está em discussão no STF e vem sendo criticada a partir de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes em mandado de segurança impetrado pela Petrobras, atacando ato do TCU que determinou à impetrante e seus gestores que se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998, devendo ser observadas as regras, da Lei nº 8.666/1993 (MS 25.888-MC, j. 2006 – mérito pendente).

Segundo fundamenta o Min. Gilmar Mendes, inclusive em sede doutrinária, a S. 347 foi editada no ano de 1963, na vigência da Constituição de 1946 e quando ainda não existia qualquer forma de controle concentrado no Brasil. Lembre-se de que, naquele momento, vigorava apenas o controle difuso, já que a introdução do controle concentrado se deu pela EC nº 16/1965, que estabeleceu um exclusivo legitimado, qual seja, o PGR.

Naquele contexto, argumenta, admitia-se a não aplicação, da Lei considerada inconstitucional. Contudo, com o advento, da CF/1988 e a alteração radical na legitimação

---

[65] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

ativa para a propositura da ADI genérica (art. 103), não mais se justifica o entendimento firmado na S. 347.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988" (tema pendente de análise pelo Plenário; em sentido contrário, aplicando a S. 347 sob o argumento de que ainda não revogada expressamente, cf. voto do Min. Marco Aurélio: MS 31.439-MC, j. 2012, decisão monocrática, DJE de 2012, também pendente de apreciação plenária).

CUIDADO: essa perspectiva extrema lançada por Gilmar Mendes parece ter se enfraquecido em apreciação pelo STF de decisão do CNJ que considerou irregular a contratação, pelo TJ da Paraíba, de 100 assistentes de administração nomeados sem concurso público.

Ao que tudo indica – e explicaremos melhor a seguir –, o STF vem fazendo uma releitura da referida súmula, tendo chegado, o próprio Min. Gilmar, em um primeiro momento, a admitir a possibilidade de os órgãos da administração deixarem de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer de interpretação já estabelecida na Corte (cf. MS 26.739, j. 2016, 2ª T.).

O atual posicionamento da Corte está materializado no julgamento da Pet 4.656, tendo sido explicitado que referidos órgãos administrativos não exercem controle de constitucionalidade (j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

Conforme sustentou a Min. Cármen Lúcia ao analisar o caso concreto da Paraíba, o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (CNJ) atuou "nos limites de sua competência, afastando a validade de atos administrativos e, para tanto, adotando como fundamento a invalidade, da Lei Estadual, que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público, por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizados para a criação de cargos comissionados".

Em seu voto, a Ministra Relatora distinguiu o afastamento, da Lei pelo CNJ do ato de declaração de inconstitucionalidade, que seria, este último, atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Isso porque o CNJ atuou nos limites de sua competência constitucional (art. 103-B, § 4º, II), "afastando a validade dos atos administrativos e, para tanto, a aplicação de Lei Estadual como seu fundamento e que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. Não há declaração de inconstitucionalidade da qual resulte a anulação ou revogação, da Lei discutida, com exclusão de sua eficácia. Teve-se na espécie a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, Lei Estadual com vício de inconstitucionalidade, vinculando-se apenas

a atuação de órgão judicial cujos atos administrativos foram submetidos ao controle do Conselho Nacional de Justiça. Não se há cogitar, portanto, de usurpação da competência deste Supremo Tribunal, a qual seria passível de impugnação por meio constitucional próprio, como efetivamente se deu".

Concordamos com o STF – e assim já havíamos nos manifestado em edições anteriores – que "a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de Lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento", deve se dar por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho (aplicação analógica do art. 97, da CF/1988).

Dessa forma, os ditos "órgãos administrativos autônomos" (CNJ, CNMP e TCU), com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, poderão afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição. Mas que fique claro: isso não é controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, conforme estabeleceu o Min. Celso de Mello, "a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – "há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado" (RMS 8.372/CE, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 1961, Plenário)" (medida cautelar no MS 31.923, j. 2013, decisão monocrática).

Em razão da importância e atualidade do tema, reforçamos a distinção entre a declaração de inconstitucionalidade, da Lei ou do ato normativo e a sua não aplicação. Os referidos "órgãos administrativos autônomos" não realizam controle de constitucionalidade, pois não possuem funções jurisdicionais.

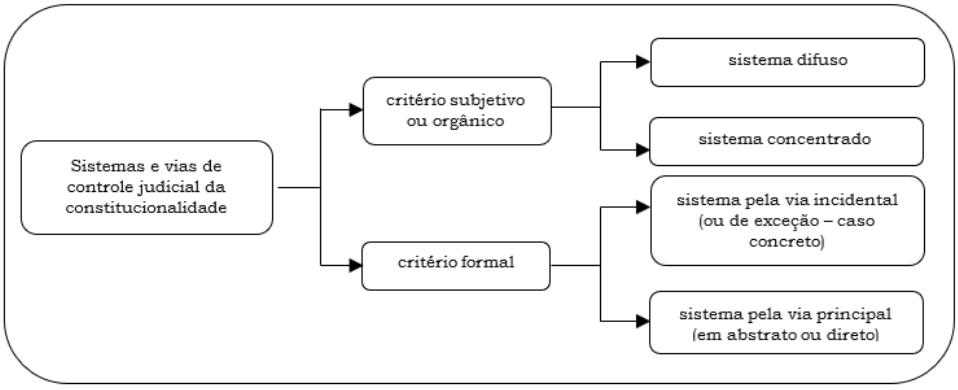
Conforme observou o Min. Barroso, "quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a Lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição" (Pet 4.656).

O julgamento em referência se deu em 2016. Na medida em que a publicação do acórdão levou praticamente 1 ano (DJE de 2017), a Min. Cármen Lúcia, na primeira oportunidade que teve no CNJ, foi muito firme e extremamente dura ao deixar claro que referidos órgãos não exercem controle de constitucionalidade, já que não exercem jurisdição. A eventual não

aplicação de Lei em um caso concreto não deve ser confundida com o afastamento da norma em abstrato. Referidos órgãos não podem afastar do mundo jurídico a norma. Referidos órgãos podem, tão somente, não considerar a Lei no caso concreto, prestigiando a Constituição.

E explicou, sendo muito firme com os Conselheiros: "o CNJ foi criado [...] como órgão administrativo. Não declara a inconstitucionalidade de norma nenhuma. O que nós decidimos – e aqui foi citado como precedente – foi que, se o fundamento da nomeação de um servidor no caso da Paraíba é uma Lei em desrespeito à Constituição, nós determinamos que o ato administrativo, que é da competência do Conselho, deixe de existir ou seja desfeito porque ou eu aplico a Lei e desrespeito a Constituição, ou eu aplico a Constituição quando o art. 103-B, § 4º, prevê expressamente que o CNJ zela administrativamente. Isto aqui não é órgão judicial, não exerce jurisdição e não faz controle de constitucionalidade. Simples assim. E esta é uma matéria consolidada, explicitada, reiterada..." (transcrição da manifestação da Ministra na 266ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 2018 – o precedente citado refere-se à Pet 4.656, acima comentada).

6.5 Sistemas e vias de controle judicial



Assim, como se percebe pelo quadro acima, partindo de um critério subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser difuso ou concentrado.

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle se "concentra" em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

Sob outra perspectiva, do ponto de vista formal, o sistema poderá ser pela via incidental ou pela via principal.

No sistema de controle pela via incidental (também chamado pela via de exceção ou defesa), o controle será exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal.

Nesse ponto, é conveniente fazer uma crítica ao uso da terminologia "pela via de exceção ou defesa", na medida em que será possível que a via incidental (análise de questão prejudicial) se dê, também, como fundamento da pretensão do autor, o que se vê nas ações constitucionais, a exemplo do mandado de segurança.

Já no sistema de controle pela via principal (abstrata ou pela via de "ação"), a análise da constitucionalidade, da Lei será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa.

Mesclando as duas classificações, verifica-se que, regra geral, o sistema difuso é exercido pela via incidental, destacando-se, aqui, a experiência norte-americana, que, inclusive, influenciou o surgimento do controle difuso no Brasil.

Por sua vez, o sistema concentrado é exercido pela via principal, como decorre da experiência austríaca e se verifica no sistema brasileiro.

Essa regra, contudo, apresenta exceções, tanto no direito estrangeiro como no direito brasileiro.

Conforme anota Barbosa Moreira ao tratar sobre o direito estrangeiro "características ecléticas apresentam os sistemas atuais de controle na Itália e na República Federal da Alemanha, que reconhecem a um único órgão judicial competência para apreciar a questão da constitucionalidade, mas lhe deferem o exercício dessa competência quer pela via principal (mediante provocação de algum legitimado), quer por via incidental, a propósito de caso concreto, sujeito à cognição de qualquer outro órgão judicial, que submete a questão à Corte Constitucional, a fim de que esta a resolva com força vinculativa, ficando suspenso, nesse meio-tempo, o processo em que se suscitou a questão. Na mesma corrente insere-se a Constituição espanhola de 1978 (art. 161 a art. 165)".[66]

No direito brasileiro, como exceção à regra do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, podemos pensar em situação na qual o controle será concentrado (em órgão de cúpula, com competência originária), mas incidental, discutindo-se a questão de constitucionalidade como questão prejudicial ao objeto principal da lide.

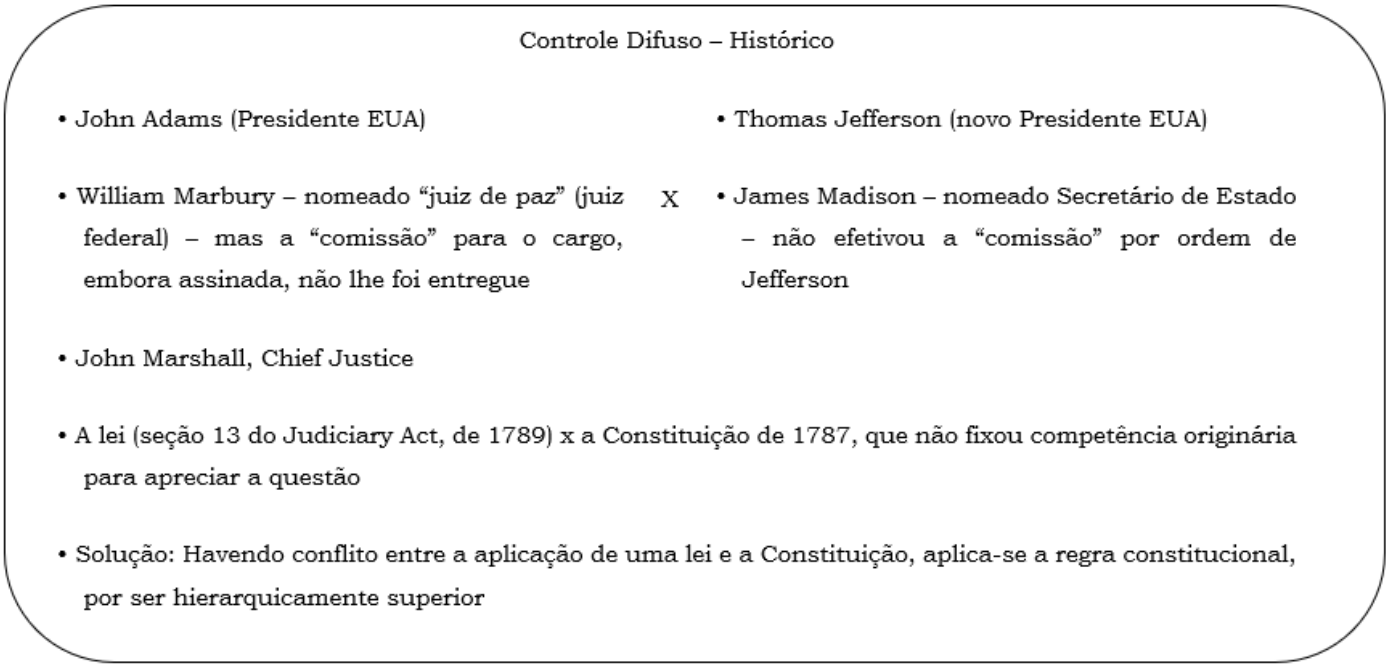
Como exemplo de controle concentrado e incidental, então, citamos o art. 102, I, "d", que estabelece ser competência originária do STF processar e julgar o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

---

[66] MOREIRA, José Carlos Barbosa: C*omentários ao código de processo civil*.

6.6 Controle difuso

6.6.1 Origem histórica: Marbury versus Madison, sessão de fev. de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)



John Adams, presidente dos EUA, foi derrotado na eleição presidencial por Thomas Jefferson.

Adams resolveu, antes de ser sucedido por Jefferson, nomear diversas pessoas ligadas ao seu governo como juízes federais, destacando-se William Marbury, cuja "comissão" para o cargo de "juiz de paz" do condado de Washington foi assinada por Adams, sem, contudo, ter-lhe sido entregue.

Jefferson, por sua vez, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado e, ao mesmo tempo, por entender que a nomeação de Marbury era incompleta até o ato da "comissão", já que esta ainda não lhe havia sido entregue, determinou que Madison não mais efetivasse a nomeação de Marbury.

Naturalmente, Marbury acionou Madison pedindo explicações. Sem resposta, Marbury resolveu impetrar *mandado of mandamus*, buscando efetivar a sua nomeação.

Depois de dois longos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América resolveu enfrentar a matéria. John Marshall, Chief Justice, em seu voto, analisou vários pontos, dentre os quais a questão de se a Suprema Corte teria competência para apreciar ou não aquele remédio de *mandado of mandamus*.

Isso porque, segundo a Constituição dos EUA, "o Supremo Tribunal terá jurisdição originária em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e

cônsules, e nos litígios em que for parte um Estado. Em todas as outras causas, o Supremo Tribunal terá jurisdição em grau de recurso".[67]

Ou seja, na prática, pela primeira vez teria a Suprema Corte de analisar se deveria prevalecer a Lei (seção 13 do Judiciary Act, de 1789, que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte) ou a Constituição de 1787, que não fixou tal competência originária, em verdadeiro conflito de normas.

Até então, a regra era a de que a Lei posterior revogava a Lei anterior. Assim, teria a Lei revogado o art. de Constituição que tratava das regras sobre competência originária?

Depois de muito meditar, inclusive sobre o papel da Constituição escrita, Marshall conclui: "assim, a "fraseologia" particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer Lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento".[68]

Pode-se, assim, afirmar que a noção e a ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, devem-se ao famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, que, apreciando o precedente Marbury v. Madison, em 1803, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma Lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

Como anota Oscar Vilhena, referido precedente "... é resultado, única e exclusivamente, de uma leitura expandida da Constituição americana e, posteriormente, na tradição da *common law*, da ação reiterada dos magistrados. Este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana, e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte".[69]

6.6.2 Noções gerais

O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

---

[67] MARSHALL, John; *Decisões constituintes de marshall.* (texto adaptado para o português moderno).
[68] *Ibid.* (texto adaptado para o português moderno).
[69] VIEIRA, Oscar Vilhena: *Supremo tribunal federal.*

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio.

6.6.3 Controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva de pleno (full bench). Art. 97, da CF/1988

6.6.3.1 Regras gerais

Observadas as regras do processo civil, a parte sucumbente poderá devolver a análise da matéria ao tribunal *ad quem* (nessa hipótese estamos imaginando um processo que começou na primeira instância – juízo monocrático, sendo interposto recurso de apelação para o tribunal competente).

No tribunal competente, distribuído o processo para turma, câmara ou seção (depende da organização interna do tribunal a ser estabelecida em seu regimento interno), arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de Lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão ao referido órgão fracionário ao qual competir o conhecimento do processo, que poderá proferir duas decisões:

• rejeitar a arguição: o julgamento prosseguirá;

• acolher a arguição: a questão será submetida ao pleno do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Para esta última situação, o art. 97, da CF/1988 estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Poder Público.[70] Temos aqui a chamada cláusula de reserva de plenário, também denominada regra do full bench.

Descrevendo o procedimento, o art. 950, CPC, estabelece que, remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento, observando-se as seguintes regras:

• pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado: poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal;

---

[70] Nos termos do art. 93, XI, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 45/2004, nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal Plenário, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal Plenário.

• parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103, da CF/1988: poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos;

• *amicus curiae*: considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Após o julgamento da questão incidental de inconstitucionalidade pelo pleno ou órgão especial do tribunal, o órgão fracionário, vinculado à decisão, seja em que sentido for, julgará a questão principal de mérito.

Observam-se, portanto, a lavratura de 3 acórdãos: a) arguida a questão incidental de inconstitucionalidade, a primeira decisão será tomada pelo órgão fracionário no sentido de acolher ou não o incidente. Acolhido, cinde-se o julgamento e se remetem os autos para o órgão especial ou pleno analisar o incidente de inconstitucionalidade; b) submetida a questão ao órgão especial ou plenário, haverá, com o julgamento, um segundo acórdão, declarando a constitucionalidade ou não, da Lei ou do ato normativo; c) finalmente, julgada a questão incidental, o órgão fracionário, vinculado à decisão, julgará a questão principal e será lavrado o terceiro acórdão.

Então, surge a indagação: diante desses 3 acórdãos, qual será o momento para a interposição do eventual recurso extraordinário?

A resposta encontra a sua orientação na S. 513/STF, ao se estabelecer que a decisão que enseja a interposição do recurso extraordinário não é a do órgão especial ou pleno que julga o incidente de inconstitucionalidade, mas a terceira e final, do órgão fracionário, que, completando o julgamento do feito, decide a questão principal (o pedido).[71]

Outro ponto interessante diz respeito à interpretação do referido art. 97, da CF/1988, no sentido de ser ou não sempre necessária a apreciação pelo órgão especial ou pleno da questão prejudicial, qual seja, a realização do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade, da Lei ou ato normativo pelos aludidos órgãos.

Assevera Marcelo Caetano, citado pelo Ministro Celso de Mello (RE 190.725-8/PR), que "... a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade, da Lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar de acordo com a Constituição, é necessário que

[71] No sentido de ser incabível recurso extraordinário de acórdão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade (inaceitável prematuridade), reafirmando a orientação da S. 513/STF, que foi aprovada em 1969, cf. RE 528.869 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2014, 1ª T., DJE de 2015.

o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria [...]. Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal. Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado".[72]

A regra do art. 97 destaca-se como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público.[73] Nesse sentido, destacamos a Súmula Vinculante 10/STF:

"Viola a cláusula de reserva de pleno (art. 97, da CF/1988) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

No entanto, enaltecendo o princípio, da Economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, a jurisprudência do STF desenvolveu-se no sentido de se dispensar o procedimento do art. 97 toda vez que já houvesse decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

Segundo o Ministro Ilmar Galvão, "declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza" (RE 190.725-8/PR).

Essa tendência foi confirmada pela Lei nº 9.756/1998, que, acrescentando um parágrafo único ao art. 481 do revogado CPC/1973 (regra mantida no art. 949, parágrafo único, CPC), estabeleceu: "Os órgãos fracionários dos tribunais (entenda-se Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções) não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamentos destes ou do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a questão", podendo, inclusive, referida ação ser, de plano, apreciada, conhecida e julgada pelo relator, conforme prescreve o art. 932, IV, "a", e V, "a", CPC.[74]

---

[72] CAETANO, Marcelo: *Direito constitucional.*

[73] BITTENCOURT. C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*.

[74] "EMENTA: Processo civil. Controle difuso da constitucionalidade. Princípio da reserva de plenário. O juiz singular pode deixar de aplicar Lei inconstitucional; os órgãos fracionários dos tribunais, não – porque, mesmo no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a Lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (art. 97, da CF/1988), observado o procedimento previsto no art. 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (art. 481, parágrafo único, CPC/1973). Recurso especial

A mitigação da cláusula de reserva de pleno vem sendo observada em outras situações. Conveniente, portanto, esquematizar a matéria. Em conclusão, não há a necessidade de se observar a regra do art. 97, da CF/1988:

• na citada hipótese do art. 949, parágrafo único, CPC;

• se o Tribunal mantiver a constitucionalidade do ato normativo, ou seja, não afastar a sua presunção de validade (o art. 97 determina a observância do *full bench* para declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Poder Público);

• nos casos de normas pré-constitucionais, porque a análise do direito editado no ordenamento jurídico anterior em relação à nova Constituição não se funda na teoria da inconstitucionalidade, mas, como já estudado, em sua recepção ou revogação;

• quando o Tribunal utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, pois não haverá declaração de inconstitucionalidade;

• nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, já que não se trata de decisão definitiva.

6.6.3.2 A cláusula de reserva de pleno aplica-se às turmas do STF no julgamento de RE?

De acordo com o art. 9º, III, do RISTF, é competência das Turmas (1ª ou 2ª) o julgamento de recurso extraordinário, que será distribuído a um Ministro e ficará atrelado à Turma em relação a qual o Ministro integra, ressalvadas as hipóteses regimentais de prevenção.

Apesar dessa regra geral, consoante o art. 11, I, do RISTF, a Turma remeterá o feito ao julgamento do pleno independente de acórdão e de nova pauta:

• quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;

• quando, não obstante decidida pelo pleno a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame;

• quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.

Ainda, o art. 22 do RISTF permite que o Relator afete a questão ao pleno quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, notadamente:

• quando houver matérias em que divirjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;

• quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

---

conhecido e provido" (REsp 89.297/MG (1996/0012088-9), DJ de 2000, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T. do STJ – no mesmo sentido, cf. AG 353.520, Min. Gilson Dipp; DJ de 2001, 5ª T. do STJ).

Portanto, tendo como premissa que o julgamento do RE é de competência da Turma no STF, o encaminhamento do RE ao pleno depende do preenchimento das hipóteses regimentais, e não, simplesmente, de requerimento da parte.

Dessa forma, de acordo com as normas regimentais – e apresentaremos crítica em seguida –, a cláusula de reserva de pleno não se aplica às Turmas do STF no julgamento do RE, seja por não se tratar de "tribunal" no sentido fixado no art. 97 (e essa poderia ser uma justificação para não ficarmos apenas com o fundamento regimental, apesar de não concordarmos), seja, tendo em vista ser função primordial e essencial da Corte a declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de afetação dessa atribuição aos seus órgãos fracionários, no caso, as Turmas.

Na atualidade, inclusive, observa-se, até dentro da ideia de efetividade do processo e racionalização, cada vez mais, a ampliação da competência das Turmas (vide, por exemplo, as Emendas Regimentais nº 45/2011 e 49/2014), tornando, assim, mais ágeis as decisões do Plenário, cujas sessões são realizadas apenas às quartas e quintas-feiras da semana.

Nesse sentido, destacamos controvertido precedente da 2ª Turma do STF que, inclusive, já foi cobrado na prova do MPF/2011. Vejamos:

"O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97, da CF/1988" (RE 361.829-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2010, 2ª T., DJE de 2010).

CRÍTICA: com o máximo respeito, entendemos esse posicionamento não adequado e violador da regra do art. 97, da CF/1988, que se mostra extremamente clara e didática:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Poder Público".

Ou seja, a atribuição foi expressamente fixada para o pleno ou para o órgão especial, e não para a Turma. Como o STF não tem órgão especial, a atribuição, então, seria do Plenário. Portanto, a regra regimental não se adapta à fixada no art. 97. Eventual outro entendimento dependeria de reforma constitucional, não sendo suficiente mera alteração regimental.

Propondo interpretação intermediária, o Min. Roberto Barroso apresenta a seguinte orientação: "a cláusula da reserva de pleno não é exigida quando o Supremo Tribunal Federal, na sua competência recursal, mantém acórdão recorrido que declarou a inconstitucionalidade de norma local em processo de controle por ação direta estadual. Nesses casos, assenta-se tão somente a conformidade do decisum recorrido com o entendimento desta Corte, órgão incumbido do papel de intérprete máximo da Constituição. Hipótese diversa é aquela em que, afastada a inconstitucionalidade pelo Tribunal de origem, esta Corte dá provimento ao recurso extraordinário para extinguir do ordenamento jurídico

a norma impugnada. Em tais condições, em observância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, deve ser o julgamento do feito afetado ao pleno desta Corte" (ARE 661.288, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, 1ª T., DJE de 2014). Vamos aguardar manifestação plenária sobre o assunto (pendente).

O tema, certamente, precisará ser rediscutido pelo pleno do STF, especialmente diante da nova composição, esperando que a Corte retome a exigibilidade de observância ao art. 97, da CF/1988.

6.6.3.3 A cláusula de reserva de pleno aplica-se às turmas recursais dos juizados especiais?

Não.

Isso porque, embora órgão recursal, as Turmas de Juizados não são consideradas "tribunais".

O art. 97, da CF/1988 refere-se aos tribunais indicados no art. 92 e respectivos órgãos especiais mencionados no art. 93, XI. As Turmas dos Juizados, no âmbito recursal, não funcionam sob o regime de pleno ou de órgão especial (ARE 792.562-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, 2ª T., DJE de 2014).

Dessa forma, as Turmas Recursais, órgãos colegiados dos Juizados, poderão declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma Lei ou afastar a sua incidência no todo ou em parte sem que isso signifique violação ao art. 97, da CF/1988 e à SV 10/STF.

Isso não impede, contudo, que a parte sucumbente interponha recurso extraordinário contra a decisão da Turma Recursal, para o STF apreciar a questão constitucional (S. 640/STF).

Apenas se faz o alerta de que, conforme já decidiu o STF, embora a cláusula de reserva de pleno não se aplique às Turmas Recursais de Juizados, isso não significa que os requisitos de admissibilidade inerentes ao cabimento do RE (art. 102, III, da CF/1988) poderão ser desrespeitados. Assim, indispensável a juntada do inteiro teor da decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade e que será objeto do recurso extraordinário. Nesse sentido:

"EMENTA: A regra da chamada reserva do pleno para declaração de inconstitucionalidade (art. 97, da CF/1988) não se aplica, deveras, às turmas recursais de Juizado Especial. Mas tal circunstância em nada atenua nem desnatura a rigorosa exigência de juntada de cópia integral do precedente que tenha, ali, pronunciado inconstitucionalidade de norma objeto de recurso extraordinário fundado no art. 102, III, "b", da Constituição da República, pela mesmíssima razão por que, a igual título de admissibilidade do recurso, não se dispensa juntada de cópia de acórdão oriundo de plenário" (RE 453.744-AgR, voto do Rel.

Min. Cezar Peluso, j. 2006, 1ª T., DJ de 2006. No mesmo sentido: RE 529.296, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011. Ainda, AI 561.181-AgR, RE 369.696-AgR, AI 431.863-AgR, RE 466.834).

6.6.3.4 A cláusula de reserva de pleno aplica-se à decisão de juízo monocrático de primeira instância?

Não.

Como visto, a regra do art. 97 é estabelecida para "tribunal", não estando, portanto, direcionada para o juízo monocrático, mesmo que, incidentalmente, no controle difuso, declare a inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo. Vejamos as lições do Min. Celso de Mello:

"EMENTA: A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público submete-se ao princípio da reserva de pleno consagrado no art. 97 da Constituição Federal. A vigente Carta Política, seguindo uma tradição iniciada pela Constituição de 1934, reservou ao pleno dos Tribunais a competência funcional por objeto do juízo para proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/19877), não dispõem do poder de declaração da inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editadas pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo pleno ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253)" (HC 69.921, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. 1993, 1ª T., DJ de 1993).

6.6.3.5 Os "órgãos administrativos autônomos" (CNJ, CNMP e TCU), com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, ao afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição com fundamento para o exercício de suas atribuições, devem observar o art. 97, da CF/1988?

Sim.

Conforme explicamos no item 6.4.2.4.3, ao interpretar a S. 347/STF, a Corte estabeleceu que os ditos "órgãos administrativos autônomos" (CNJ, CNMP e TCU), com a

função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, poderão afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição.

Referidos órgãos, como se sabe, não exercem a jurisdição. O que se tem é, no exercício de suas funções, o afastamento da aplicação de uma Lei ou ato normativo, de modo incidental, por entendê-lo inconstitucional.

Para o afastamento da aplicação, da Lei, o STF entendeu necessária a observância da cláusula de reserva de pleno (art. 97), aplicada por analogia. Além da regra contida no referido art. 97, a Min. Cármen Lúcia sustentou que "a exigência de observância do postulado da reserva de pleno pelos órgãos colegiados de controle administrativo também decorre da necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício, pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros ter-se-á entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional, da Lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado" (Pet 4.656, j. 2017, Plenário, DJE de 2017).

O que se tem é o afastamento, por inconstitucionalidade, da aplicação, da Lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento e não a declaração de inconstitucionalidade, da Lei com efeitos *erga omnes* e vinculante, que seria, como se sabe, a atribuição do STF no controle concentrado.

6.6.4 Efeitos da decisão

6.6.4.1 Para as partes

Regra geral, os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

No momento que a sentença declara ser a Lei inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a Lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos.

Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão (regra):

• inter partes: a decisão está limitada às partes do processo (e essa regra terá que ser lida com os temperamentos decorrentes da perspectiva de efeito *erga omnes* da tese do julgamento a partir de uma perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, que discutimos nos itens seguintes);

• *ex tunc*: consagra-se a regra na nulidade. Se a Lei ou o ato normativo é inconstitucional, estamos diante de vício congênito, ou seja, vício de "nascimento". Assim, a declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeito retroativo.

Essas regras, contudo, apresentam exceções.

No tocante à perspectiva da nulidade, o STF tem admitido a técnica da modulação dos efeitos da decisão também no controle difuso, aplicando-se, por analogia, o art. 27, da Lei nº 9.868/1999 (Lei da ADI), que estabelece: "ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

O *leading case*, nesse sentido, foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura. Entendeu a Corte estar diante de "situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade, valendo apenas para as eleições seguintes" (se os efeitos fossem normais, toda a atuação do parlamento anterior à decisão, que atuou com 11 e o correto seriam 9 vereadores, estaria comprometida) (cf. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário, DJ de 2004, destacando-se, em relação ao tema, o denso voto do Min. Gilmar Mendes, que vale a leitura).

Agora, em relação ao efeito inter partes, a perspectiva de expansão da tese de julgamento começa a ganhar adeptos. Isso seria conveniente em ações cujo objeto seja comum a um número muito grande de pessoas, como os cruzados bloqueados, a cobrança de um tributo que entendam inconstitucional, por exemplo, a extinta CPMF etc.

Sobre esse assunto, estudaremos a regra contida no art. 52, X. Em seguida, destacaremos uma nova tendência/realidade em razão daquilo que vem sendo chamado de transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso ou de abstrativização do controle difuso, ou de objetivação do controle difuso (temática já enfrentada pelo STF no julgamento da Rcl 4.335, j. 2014, DJE de 2014, e, com profundas alterações, no debate do julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, j. 2017).

6.6.4.2 Para terceiros (art. 52, X): Visão clássica e tradicional do papel do senado federal no controle difuso considerando que não houve mutação constitucional

Conforme explicamos no item 6.6.5, a perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, se consolidou em debate travado em processo de controle concentrado e abstrato, ou seja, em declaração de inconstitucionalidade incidental em processo abstrato (ADIs 3.406 e 3.470, j. 2017) e não em controle difuso puro.

Deixamos claro que, em referido julgamento, por 7 x 2, o STF acatou a tese de que o papel do Senado Federal seria apenas para dar publicidade à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma Lei de modo incidental, como questão prejudicial, e que o efeito vinculante e *erga omnes* decorreria da própria decisão judicial, não havendo a necessidade de atuação do Senado Federal.

A matéria não foi destacada de modo formal como questão preliminar a ser enfrentada no referido julgamento.

Apesar disso, entendemos que a mutação constitucional do art. 52, X, passa a ser uma realidade para o STF.

Ao menos nesta edição – e estaremos acompanhando a evolução da Corte, manteremos a explicação sobre a regra clássica do art. 52, X, descrevendo como deveria ser o papel do Senado Federal no controle difuso se ainda válida a regra do art. 52, X.

Entendemos que, para o STF dar efeito *erga omnes* e vinculante em relação à declaração de inconstitucionalidade de Lei nulificada incidentalmente, terá a Corte que formalmente assim se pronunciar e, no caso, entendemos, fazer constar expressamente como tese do julgamento e na ementa do acórdão.

CUIDADO: para efeito de provas de concursos, conforme estamos sentindo essa inegável aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado proclamada pelo STF, o novo entendimento deverá ser considerado, especialmente diante das perspectivas trazidas pelo CPC em relação aos precedentes e que explicaremos em outro item.

6.6.4.2.1 Procedimento (art. 52, X)

Vimos anteriormente que, através da interposição de recurso extraordinário, nas hipóteses constitucionalmente previstas, a questão poderá ser levada à apreciação do STF, que, também, realizará o controle difuso de constitucionalidade, de forma incidental.

Declarada inconstitucional a Lei pelo STF, no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela maioria absoluta do pleno do tribunal (art. 97, da CF/1988),[75] o art. 178 do Regimento Interno do STF (RISTF) estabelece que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da CF/1988.

[75] O art. 143, caput, do RISTF estabelece que o Plenário se reunirá com a presença mínima de 6 Ministros, sendo dirigido pelo Presidente do Tribunal. O parágrafo único do referido art. acrescenta que o *quorum* para a votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de 8 Ministros. Temos, então, um *quorum* regimental superior de instalação da sessão de julgamento de 8 Ministros, ao passo que a Lei será declarada inconstitucional, pela maioria absoluta, conforme o art. 97 (lembre-se de que o STF é composto de 11 Ministros).

O art. 52, X, da CF/1988, por sua vez, estabelece ser competência privativa do Senado Federal, mediante o instrumento da resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Regulamentando o assunto, o art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo STF, de inconstitucionalidade, total ou parcial, de Lei mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. anterior deverão ser instruídos com o texto, da Lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento, isso tudo conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado.

E o art. 388 conclui o procedimento determinando que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução, da Lei, no todo ou em parte (art. 52, X, CF).

6.6.4.2.2 Amplitude do art. 52, X

A suspensão pelo Senado Federal poderá dar-se em relação a leis federais, estaduais, distritais ou mesmo municipais que forem declaradas inconstitucionais pelo STF, de modo incidental, no controle difuso de constitucionalidade.[76]

Em se tratando de Lei municipal ou Lei Estadual confrontadas perante a Constituição Estadual, Michel Temer entende que, em face do princípio federativo, "pode e deve o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada,[77] após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução, da Lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confiram essa competência à Assembleia)".[78]

---

[76] Nesse sentido, Pontes de Miranda observa que "a Constituição não distingue, aí, leis ou outros atos (dos poderes públicos) federais ou estaduais, territoriais, distritais ou municipais. Os pressupostos são apenas o de se tratar de regra jurídica e o de haver o Supremo Tribunal Federal julgado, por decisão definitiva, inconstitucional" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários à Constituição de 1946*). Para se ter um exemplo de suspensão de Lei Estadual, cf. a RSF 12/2006, que suspende a execução, da Lei Estadual nº 11.564/1998, do Estado de Pernambuco, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Ação Originária nº 864-6 – Pernambuco. Para um exemplo de suspensão de Lei municipal, cf. RSF 13/2006, que suspende a execução do art. 7º, I e II, e do art. 27, da Lei municipal nº 6.989/1966, do Município de São Paulo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 210.586-4/São Paulo.

[77] Lembramos que a EC nº 45/2004, nos termos de seu art. 4º, extinguiu os Tribunais de Alçada existentes. Sobre o assunto, cf. análise no item 11.15.

[78] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

6.6.4.2.3 A expressão “no todo ou em parte” (art. 52, X)

Como visto, nos termos do art. 52, X, compete ao Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A expressão “no todo ou em parte” deve ser interpretada como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF.

Se toda a Lei foi declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão, da Lei, deverá fazê-lo “no todo”, vale dizer, em relação a toda a Lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte.

Em igual sentido, se, por outro lado, o Supremo, no controle difuso, declarou inconstitucional apenas parte, da Lei, entendendo o Senado Federal pela conveniência para a suspensão, deverá fazê-lo exatamente em relação à “parte” que foi declarada inválida, não podendo suspender além da decisão do STF.

6.6.4.2.4 Efeitos propriamente ditos (art. 52, X)

Desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da Lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial.

O nome ajuda a entender: suspender a execução de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Por exemplo, quem tiver interesse em “pedir de volta” um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.

Assim, os efeitos serão *erga omnes*, porém *ex nunc*, não retroagindo.[79]

Destaca-se o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.346/1997, que, expressamente, fixa a produção de efeitos *ex tunc*, exclusivamente em relação à Administração Pública Federal direta e indireta, na hipótese de haver a edição de resolução do Senado Federal, suspendendo

---

[79] Esse entendimento é majoritário, destacando-se, conforme levantamento feito por Clèmerson Merlin Clève, a doutrina de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari (CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*). Confira, também, GRINOVER, Ada Pellegrini: *Controle da constitucionalidade*. No mesmo sentido, apesar de não declarar expressamente o seu entendimento, parece ser a posição de BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. Em sentido contrário, entendendo o efeito *ex tunc*, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, que, após interessante compilação, na mesma linha de seu entendimento, destaca Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcelo Caetano.

a execução de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF em controle difuso.

Referido decreto, em seu art. 1º, § 3º, ainda estabelece que o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

6.6.4.2.5 O Senado é obrigado a suspender os efeitos? (art. 52, X)

Essa questão é muito debatida na doutrina. Tanto que nos limitaremos a apontar nosso posicionamento, que coincide com o do STF, Senado Federal e grande parte da doutrina, devendo, pois, ser o observado nas provas preambulares.

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/1988. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Uma vez editada a resolução, não nos parece possível a sua posterior revogação pelo próprio Senado Federal com o objetivo de se restabelecer a eficácia da norma declarada inconstitucional no controle difuso. No caso, o restabelecimento da norma dependeria de nova atuação pelo Poder Legislativo editando um novo ato. A resolução que suspende o ato declarado inconstitucional é irrevogável.[80]

6.6.5 Para terceiros (art. 52, X): mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso. Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso: Análise crítica – abstrativização do controle difuso – tendência para uma maior expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais. Perspectivas do controle

[80] Nesse sentido, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. Celso de Mello, em obra teórica, escreveu: "O Senado exaure a sua competência constitucional no momento em que promulga e edita a resolução suspensiva. Não pode, ao depois, a pretexto de melhor interpretar a decisão judicial proferida pelo STF, modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos. Nesse sentido: RTJ, 38:5, 38:569, 39:628" (MELLO FILHO, José Celso de: *Constituição Federal anotada*).

incidental em controle concentrado. Limitação do cabimento da reclamação[81]

6.6.5.1 Abstrativização do controle difuso: aspectos doutrinários

Como sabemos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto, tanto difuso como concentrado.

No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial. No controle concentrado (ADI genérica), por sua vez, a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

A doutrina clássica sempre sustentou, com Buzaid[82] e Grinover, que, "se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes – fora do processo no qual foi proferida".[83]

Contudo, respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF ("Mira Estrela"[84] e "progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos"[85]) e do STJ[86] propunham uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF.

---

[81] Todo o conteúdo deste título foi retirado, com algumas adaptações, de LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

[82] BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.*

[83] GRINOVER, Ada Pellegrini: *Controle da constitucionalidade*. Nesse sentido, cf. Rui Barbosa, BARBOSA, Rui: *Actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*.

[84] RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário, DJ de 2004.

[85] HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2006, Plenário, DJ de 2006 (para aprofundamento do tema, cf. item 14.10.28.1).

[86] Interessantíssima a análise de Zavascki, pedindo-se vênia para transcrever parte de seu voto que, como será visto, coincide com o seu entendimento doutrinário sobre a matéria: REsp 828.106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 2006, 1ª T., DJ de 2006: "(...) 6. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (art. 481, parágrafo único, do CPC/1973: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (art. 741, parágrafo único, do CPC/1973; art. 475-L, § 1º, da Lei 11.232/2005). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez: *A jurisprudência vinculante na "Common law" e na "Civil law"*; SEGADO, Francisco Fernandez: *La obsolescencia de la bipolaridad "Modelo americano-Modelo europeo kelseniano" como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa, apud parlamento y constitución*). No atual estágio de nossa legislação... é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes...".

Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser "... possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica "reforma da Constituição sem expressa modificação do texto" (Ferraz, 1986; Jellinek, 1991; Hsü, 1998)".[87]

Nessa mesma linha, Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade, da Lei, mesmo em sede de controle difuso.[88]

Lúcio Bittencourt, em tese arrojada, muito embora demonstrasse conhecimento da doutrina de Liebman e da distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia natural da sentença, chegou a afirmar, inspirado pela regra do *stare decisis* norte-americano, que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto e no controle difuso brasileiro (já que inexistente à época de seu estudo o controle concentrado por meio de ADI, enfatize-se), reconhecendo a invalidade, da Lei, teria eficácia para todos.[89]

Os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento podem ser assim resumidos:

• força normativa da Constituição;

• princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários;

• o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo;

• dimensão política das decisões do STF.

A esses fundamentos, poderíamos acrescentar os princípios da integridade e da coerência da jurisprudência dos Tribunais e, no caso, da jurisprudência da Suprema Corte, introduzidos no art. 926, caput, do CPC, por sugestão de Lenio Streck e que fazem parte dos, denominados pelo autor, "princípios-padrões" que devem ser obedecidos nas decisões judiciais.[90]

Os tribunais também têm discutido o tema. No julgamento do RE 197.917 (redução do número de vereadores "Mira Estrela"), nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes "... ressaltou a aplicabilidade, ao Tribunal Superior Eleitoral, do

---

[87] MENDES, Gilmar Ferreira: *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade*.

[88] ZAVASCKI, Teori Albino: *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*.

[89] BITTENCOURT. C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*.

[90] STRECK, Lenio Luiz: *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. Para o aprofundamento desse tema, remetemos o nosso leitor para o item 6.6.5.6 deste estudo.

efeito vinculante emergente da própria ratio decidendi que motivou o julgamento do precedente mencionado".[91]

Nessa linha, em seu voto, vencido, no julgamento da Rcl 4.335 (cf. item 14.10.28.1), o Ministro Gilmar Mendes "sepultou", de vez, a regra do art. 52, X, aproximando o controle difuso do controle concentrado, traduzindo importante perspectiva em termos de "abstrativização" do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da ratio decidendi.

Conforme afirma, "... parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução, da Lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a Lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...] Portanto, a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da CF/1988, suspenderia a execução, da Lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica".

Essa perspectiva, contudo, sempre foi veementemente criticada por vários autores, entre eles Alfredo Buzaid, que não admitia a qualidade da imutabilidade para as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo (art. 469, III, do CPC/1973 – entendimento esse mantido no novo CPC na medida em que a regra do art. 503, § 1º, do CPC /1973não se aplica, já que o juízo no controle difuso não teria competência em razão da matéria para apreciar referida questão incidental como principal).[92]

---

[91] Em outra passagem: "Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP. Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence. Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro Gilmar Mendes, que ressaltou a aplicabilidade, ao Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria "ratio decidendi" que motivou o julgamento do precedente mencionado" (ADIs 3.345 e 3.365).

[92] Em suas palavras, "... teriam razão os ilustres autores (referindo-se a Lúcio Bittencourt e Castro Nunes) se, no litígio constitucional, o objeto do processo fosse a Lei em si, não o direito subjetivo da parte; nestas condições, a coisa julgada, transcendendo os limites da demanda, abrangeria a todos. Mas enquanto os juízes resolvem *in casu* o direito particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislatura ou do executivo, os efeitos do julgado valem inter partes, não se estendendo *erga omnes*". A única maneira de se estender os efeitos da decisão *erga omnes* seria mediante resolução do Senado Federal, que suspenderia a execução, da Lei, cassando, em definitivo, a sua eficácia (BUZAID, Alfredo: *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*).

Embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras constitucionais, para a sua implementação.

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC nº 45/2004), de acordo com os art. 102, § 2º e art. 103-A, da CF/1988 e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/1988, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

No controle difuso, portanto, não havendo suspensão, da Lei pelo Senado Federal, a Lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação.

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade, da Lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – repita-se, bastante "atraente" – da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

Admitir que o STF interprete no sentido de ter havido mutação do art. 52, X, e, assim, transformar o Senado Federal em órgão para simples publicidade da decisão concreta é sustentar inadmitida mutação inconstitucional. Ao STF, não foi dado o poder de reforma.

A possibilidade de se atribuir o efeito *erga omnes* dependeria ou de resolução do Senado Federal ou, ainda, de súmula vinculante a ser editada pelo STF o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando-se o casuísmo.

6.6.5.2 Rcl 4.335: Por 8 x 2 o STF não aceitou a tese da mutação constitucional do art. 52, X – decisão proferida na vigência do revogado CPC/1973

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO?		
• Gilmar Mendes • Eros Grau	• Teori Zavascki • Luís Roberto Barroso • Rosa Weber • Celso de Mello	• Sepúlveda Pertence • Joaquim Barbosa • Ricardo Lewandowski • Marco Aurélio
ENTENDIMENTO	**ENTENDIMENTO**	**ENTENDIMENTO**
• SIM • art. 52, X – reconhecimento de mutação constitucional	• NÃO	• NÃO

• o Senado Federal daria simplesmente publicidade à decisão de inconstitucionalidade declarada de modo incidental no controle difuso pelo STF • esses 2 Ministros conheceram e julgaram procedente a reclamação	• preservação da regra estabelecida no art. 52, X – não acolhimento da tese da mutação constitucional • reconhecimento de fato superveniente, qual seja, a SV 26/2009 – aplicação do art. 462, CPC/1973 (art. 493, CPC) • esses 4 Ministros conheceram e julgaram procedente a reclamação	• preservação da regra estabelecida no art. 52, X – não acolhimento da tese da mutação constitucional • utilização da súmula vinculante para se dar efeitos *erga omnes* • esses 4 Ministros concederam HC de ofício e não conheceram da reclamação
8 Ministros contra 2 entendem que não houve mutação constitucional do art. 52, X Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, DJE de 2014		

O papel do Senado Federal foi discutido no julgamento da Rcl 4.335, na qual se analisava a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei de crimes hediondos (remetemos o nosso leitor para a leitura do item 14.10.28.1, no qual explicamos toda a problemática, especialmente a evolução da jurisprudência e as perspectivas trazidas pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019).

O STF, consolidando o entendimento fixado no HC 82.959, no sentido de observância à garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), editou, em 2009, com efeito *erga omnes* e vinculante, a SV 26/2009 (DJE de 2009), que tem o seguinte teor: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".[93]

No julgamento da referida reclamação, 2 Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau, sustentavam, no caso concreto da Rcl 4.335, a partir do julgamento do referido HC, mesmo sem a edição da súmula vinculante, o efeito transcendente e *erga omnes* da decisão (tese da mutação constitucional do art. 52, X). Por sua vez, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não admitiam a mutação constitucional e, assim, para o efeito *erga omnes*, a necessidade de resolução do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante. Como esses 4 concordavam com a tese da inconstitucionalidade do regime fechado, não conheceram da reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício.

Com o voto-vista do Min. Teori Zavascki, devolvido em 2014, acompanhado pelos Min. Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, no julgamento da referida Rcl 4.335-AC, esses outros 4 Ministros julgaram procedente a reclamação não em razão da tese da abstrativização, mas diante da existência de fato superveniente (art. 462, do CPC/1973, correspondente ao art. 493, do CPC), qual seja, a SV 26.

[93] Outro tema a merecer a edição de súmula vinculante seria a declaração incidental, com efeito *ex nunc*, da inconstitucionalidade da regra fixada pela Lei nº 11.464/2007 ao art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, que determina a obrigatoriedade de cumprimento de pena inicialmente em regime fechado, mesmo quando a pena for inferior a 8 anos (HC 111.840 e Rcl 15.626 – cf. item 14.10.28.1).

Deve-se deixar bem claro que o Min. Teori Zavascki, muito embora admitisse – o que concordamos – uma inegável expansividade das decisões do STF, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual, esse reconhecimento não seria suficiente para fundamentar o cabimento da reclamação com base no art. 102, I, "l", sob pena de transformar a Corte em órgão recursal. Assim, nesse primeiro momento, sustentou uma necessária interpretação estrita dessa competência, sob pena de se caracterizar acesso per saltum à Suprema Corte e combatida supressão de instância. Vejamos:

"O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de reclamação. É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação. Por outro lado, conforme ficou decidido na Reclamação (AgRg) 16.038 (Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 2013) "o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal"" (original sem grifos).

Muito embora o STF tenha, por maioria de 6 x 4, conhecido e julgado procedente a referida Rcl 4.335, entre esses 6 Ministros (no sentido de procedência da reclamação), apenas os Min. Gilmar Mendes e Eros Grau fundamentaram com base na tese da mutação.

Deve-se deixar claro, então, que 8 Ministros (os outros 4 dos 6 que conheciam da reclamação, bem como os 4 que não conheciam da reclamação) se pronunciaram, acertadamente, no sentido de não se admitir a mutação do art. 52, X. Em outras palavras, o efeito *erga omnes* no controle difuso ainda dependia de resolução do Senado Federal, que, sem dúvida, não se transformou, deixe-se claro, naquele primeiro momento, em um mero "menino de recados", ou, ainda, de súmula vinculante do STF.

Destacamos que todo esse entendimento foi proferido na vigência do revogado CPC/1973, e, assim, não houve apreciação explícita das novas regras trazidas pelo CPC.

Por isso, abaixo e nos itens seguintes trazemos novas perspectivas em relação ao Novo Código de Processo Civil, assim como o entendimento fixado no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, pelo qual o STF está propondo o reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X.

6.6.5.3 Valorização dos precedentes: A necessidade de se criar uma nova cultura

Ao discutir a suposta vinculação da polêmica decisão da Corte que admitiu, em nova viragem jurisprudencial (e que seria novamente alterada em 2019), a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC 126.292), disse o Min. Celso de Mello monocraticamente: "tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, caput, da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral" (HC 135.100, j. 2016. Contudo, cabe alertar que, em 2017, tendo em vista a regra da colegialidade, o Min. Celso de Mello indeferiu o pedido de *habeas corpus*, tornando sem efeito a medida liminar anteriormente deferida. Em 2018, foi homologado pedido de desistência, declarando extinto o processo).

Na mesma linha da primeira decisão proferida pelo Min. Celso de Mello no precedente acima citado, manifestou-se o Min. Fachin, ao julgar reclamação, instituto definido por sua Excelência como de natureza constitucional, formulada contra decisão proferida no âmbito do STJ, que deferiu a liminar para o fim de obstar a execução provisória da pena privativa de liberdade decorrente de condenação criminal confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Em suas palavras: "a função precípua da reclamação constitucional reside na proteção da autoridade das decisões de efeito vinculante proferidas pela Corte Constitucional e no impedimento de usurpação da competência que lhe foi atribuída constitucionalmente. A reclamação não se destina, destarte, a funcionar como sucedâneo recursal ou incidente dirigido à observância de entendimento jurisprudencial sem força vinculante" (Rcl 23.535, j. 2016).

Em igual sentido, também afirmando não ser vinculante a decisão proferida no referido precedente (HC 126.292), confira a parte final da decisão do Min. Dias Toffoli, proferida no HC 135.041 (j. 2016).

Também no sentido de não vinculação, destacam-se as liminares concedidas monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio nos HCs 138.086, 138.088 e 138.092 (e que foram revogadas no julgamento de mérito nas Turmas que fizeram prevalecer o entendimento da possibilidade de execução provisória de condenação penal confirmada em grau recursal) e a decisão do Min. Ricardo Lewandowski no HC 147.427 (j. 2017), afastando-se a tese da execução provisória da pena e que, tendo em vista a não interposição de recurso, transitou em julgado.

Conforme discutimos no item 14.10.28.6, apesar de haver, durante certo período, jurisprudência consolidada no sentido de se admitir a execução provisória (cf. liminar negada nas ADCs 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752), mesmo havendo a definição da tese nos referidos julgados, alguns Ministros não aplicavam a tese dos precedentes.

No referido estudo no capítulo 14, vamos deixar claro que, em 07.11.2019, observamos nova viragem jurisprudencial do STF, passando a não mais admitir a execução provisória da pena (ADCs 43, 44 e 54).

Apesar dessa realidade de dificuldade de respeito aos precedentes (mesmo entre os Ministros da Corte), deve-se reconhecer que a sua valorização, nos exatos termos das novidades trazidas pelo CPC, está cada vez mais evidente no STF, dentro de uma perspectiva de objetivação do controle difuso. Nesse sentido, lembramos o art. 926 ao estabelecer que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Essas perspectivas, sem dúvida, influenciaram o acatamento da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470 e que estudamos no item 6.6.5.5.

6.6.5.4 Controle incidental em controle concentrado abstrato e o seu efeito "*erga omnes*" – eficácia da decisão do STF – ADI 4.029, j. 2012 – perspectivas para a mutação constitucional do art. 52, X

Como se sabe, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo incidental e se caracteriza como questão prejudicial incidental. Ou seja, julga-se procedente ou improcedente o pedido formulado tendo em vista a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma Lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade, nesse caso, não é o pedido, mas a causa de pedir. Dessa forma, na sentença a ser proferida, o dispositivo contém a "resposta" (julgamento) ao pedido, e a análise da constitucionalidade dar-se-á na fundamentação.

Por outro lado, no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo principal e é o próprio pedido formulado na ação (ADI) que se fundamenta em violação formal ou material à Constituição. Por exemplo, uma Lei que cria cargo sem a observância do princípio do concurso público é inconstitucional por violar o art. 37, II, da CF/1988.

Agora, imaginemos que em determinado controle concentrado e em abstrato, ao verificar os fundamentos para nulificar ou não uma lei, entenda o STF que outro ato normativo, que não fazia parte do pedido, é inconstitucional.

É como se estivéssemos diante do procedimento de cisão previsto para o controle difuso, no qual, diante de questão de ordem suscitada, paralisa-se o julgamento, cinde-se o processo e encaminha-se a análise da inconstitucionalidade para o pleno do Tribunal (art. 97 – cláusula de reserva de plenário).

Avançando, vamos supor que essa questão de ordem a ser resolvida seja suscitada não no controle difuso, mas em determinada ADI (controle concentrado).

Estamos diante da problemática que surgiu no julgamento da ADI 4.029, que tinha por objeto a Lei nº 11.516/2007, fruto de conversão da MP nº 366/2007 e que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.

Dentre os vários argumentos discutidos na referida ADI, estava a tese do vício formal, por violação ao art. 62, § 9º, da CF/1988, que estabelece ser atribuição de comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, de caráter opinativo, acrescente-se, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo pleno de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

No caso concreto, referida MP foi convertida na Lei objeto da ADI sem a apreciação pela comissão mista de Deputados e Senadores, havendo apenas a emissão de parecer individual de seu relator, nos termos do art. 6º, § 2º,[94] da Res. nº 1/2002-CN.

Segundo ficou estabelecido na ementa do acórdão, "as comissões mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de medidas provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo pleno seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. O art. 6º da Res. nº 1/2002-CN, que permite a emissão do parecer por meio de relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao pleno da Câmara dos Deputados, é inconstitucional" (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2012, Plenário, DJE de 2012).

Dessa forma, embora a Lei objeto da ADI tivesse seguido o procedimento de tramitação das medidas provisórias previsto na Res. nº 1/2002-CN, entendeu o Tribunal que referido procedimento não se conforma ao art. 62, § 9º, da CF/1988.

Decidiu então a Corte declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos art. 5º, caput, e art. 6º, caput, e § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN.

---

[94] Art. 6º, § 2º, da Res. nº 1/2002-CN: "... a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte".

Por consequência, todas as medidas provisórias já convertidas em Lei ou mesmo em tramitação que não tivessem observado o procedimento do art. 62, § 9º (necessidade de apreciação pela comissão mista, não bastando manifestação unipessoal de relator), seriam inconstitucionais.

O interessante é que a declaração incidental de inconstitucionalidade (muito embora em controle concentrado e em ADI genérica) produziria efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, acarretando a inconstitucionalidade de centenas de medidas provisórias que não observaram o citado procedimento constitucional, apesar de não serem objeto na ação direta de inconstitucionalidade em julgamento.

É como se houvesse a ampliação de efeitos da decisão, a partir de declaração incidental, atingindo vários atos normativos que não eram objeto da ADI, em nítido privilégio da eficácia da decisão da Corte. Ou seja, o efeito *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante decorria da declaração incidental (e, repita-se, apenas para deixar bem claro, em controle concentrado e em abstrato, e não em controle difuso – apesar de estarmos tratando desse assunto em seção do livro que cuida do controle difuso).

O que estamos procurando mostrar é essa tendência de ampliação dos efeitos da decisão. Seria como se a decisão que estabeleceu a imprescindível necessidade de análise pela comissão mista estivesse sendo veiculada em súmula vinculante e acarretando a nulificação de diversos atos normativos que não eram o objeto da ADI genérica.

Diante dessa consequência do resultado da declaração incidental, que repercutiria sobre os mais diversos setores da vida do País, decidiu o Tribunal, aplicando o art. 27, da Lei nº 9.868/1999,[95] modular os efeitos da decisão, dando eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia de nulidade dos dispositivos da resolução do Congresso Nacional, passando a exigir o respeito ao art. 62, § 9º, somente a partir daquela decisão. Assim, todas as leis aprovadas de acordo com o procedimento da Res. nº 1/2002 que dispensaram a emissão de parecer pela comissão mista foram declaradas, por esse aspecto, constitucionais.

Podemos afirmar, dessa forma, que o modelo de apreciação da medida provisória fixado na resolução do Congresso Nacional foi declarado "ainda constitucional" até o julgamento da referida ADI 4.029, e, a partir de então, o STF declarou inconstitucional qualquer inobservância ao art. 62, § 9º, da CF/1988, ficando, por consequência, preservadas a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em Lei até aquela data, bem como daquelas que estavam tramitando no Legislativo nos termos do procedimento fixado nos art. 5º, caput, e 6º, caput, e § 1º e 2º, da Res. nº 1/2002-CN, que permitiam a continuidade do iter procedimental de apreciação da medida provisória mesmo na hipótese

[95] Art. 27, da Lei nº 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

de não haver parecer emitido pela comissão mista no prazo rígido de 14 dias contados da sua publicação.

6.6.5.5 ADIs 3.406 e 3.470, j. 2017, DJE de 2019 – mutação constitucional do art. 52, X (7 x 2)

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X?		
• Gilmar Mendes • Celso de Mello • Dias Toffoli • Rosa Weber • Edson Fachin • Luiz Fux • Cármen Lúcia	• Marco Aurélio • Alexandre de Moraes	• Ricardo Lewandowski • Roberto Barroso
ENTENDIMENTO	**ENTENDIMENTO**	**ENTENDIMENTO**
• SIM • art. 52, X – reconhecimento de mutação constitucional • o Senado Federal daria simplesmente publicidade à decisão de inconstitucionalidade declarada de modo incidental pelo STF	• NÃO • preservação da regra estabelecida no art. 52, X – não acolhimento da tese da mutação constitucional • a maneira de se dar efeito vinculante seria apenas nos termos da Constituição, qual seja, em processo abstrato e concentrado ou em razão de edição de súmula vinculante	• NÃO SE MANIFESTARAM • Impedido o Min. Barroso e ausente o Min. Lewandowski
7 Ministros contra 2 entendem que houve mutação constitucional do art. 52, X ADIs 3.406 e 3.470, Rel. Min. Rosa Weber, j. 2017 (pendente o julgamento dos embargos declaratórios)		

As ações em análise enfrentaram a problemática do amianto e, para o conhecimento do tema, remetemos o nosso querido leitor para o item 7.11.1.

Nesta parte do trabalho vamos apresentar a perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, estabelecida pelo STF na parte final do referido julgamento. Muito embora a pronunciação da nova interpretação tenha sido dada em um processo de controle concentrado, ao que parece, essa será a nova linha da Corte, apesar de tecermos críticas e sustentarmos tratar-se de proposta de inadmitida mutação inconstitucional, conforme apresentamos no item 6.6.5.1.

As ações em análise tinham por objeto Lei Estadual do Rio de Janeiro que proibiu a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da federação, estabelecendo, ainda, a progressiva substituição da produção e da comercialização de produtos que contivessem amianto.

Conforme explicamos no item 7.11.1, no fundo, a questão era saber se a Lei Estadual teria invadido o campo de competência, da Lei Federal (normas gerais) e, assim, por se tratar de matéria de competência concorrente, se teria ou não infringido o disposto no art. 24, § 1º ao § 4º.

Em julgamento anterior, o STF já havia declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade, da Lei Federal que disciplina o amianto, em ação cujo objeto era uma Lei do Estado de São Paulo (ADI 3.937, j. 2017).

Como a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente e não houve pronunciamento de nulidade com efeito *erga omnes*, diferente, então, da discussão travada na ADI 4.029 (cf. item 6.6.5.4), nesse caso do Rio de Janeiro (ADIs 3.406 e 3.470 em análise), a Corte debruçou-se, novamente, sobre a problemática, da Lei Federal e foi além, não só reafirmando a sua inconstitucionalidade, como, também, dando efeito *erga omnes* e vinculante a essa decisão sobre a questão prejudicial (o item 8 da ementa do acórdão publicado em 2019 é explícito nesse sentido).

A declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente em um processo de controle concentrado e abstrato que tinha como objeto principal a Lei Estadual do Rio de Janeiro. Para apreciar o pedido formulado na ADI, a Corte teve que analisar a constitucionalidade, da Lei Federal, que, contudo, não era objeto da ação. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente, como questão prejudicial, em processo objetivo de controle abstrato.

Essa pronúncia de nulidade com efeito *erga omnes* e vinculante da questão prejudicial gerou ampla discussão na Corte e, ao final por 7 x 2, o STF entendeu ter havido mutação constitucional do art. 52, X, sustentando que o papel do Senado Federal seria apenas para dar publicidade à decisão judicial.

Em razão da importância do tema, estamos trazendo dados do Inf. 886/STF, assim como transcrevendo ou descrevendo parte dos votos que podem ser analisados a partir da página do Youtube da TV Justiça, lembrando que o Min. Lewandowski esteve ausente e o Min. Barroso não participou do julgamento por estar impedido. Ou seja, tivemos 7 x 2 acatando a tese da mutação constitucional do art. 52, X. Vejamos:

• Min. Marco Aurélio: não admite a tese da mutação constitucional do art. 52, X. Entende que, para afastar a atribuição que foi dada pelo constituinte originário ao Senado Federal, haveria a necessidade de emenda constitucional e não de simples atuação do STF, que, da maneira como agiu, violou a independência e harmonia entre os poderes. A atuação do Senado Federal caracteriza provimento constitutivo de suspensão da execução, da Lei em todo território nacional e não meramente declaratório.

Em suas palavras, transcritas de seu voto na sessão, ele manifesta repúdio ao entendimento da mutação constitucional: “tempos estranhos, aonde vamos parar. Somos 11 Presidente, a integrar o Supremo e temos, realmente, a última palavra sobre o direito positivo. Mas temos a última palavra sobre o direito positivo considerado o grande sistema revelado pela Carta da República. E aí, não posso ignorar o que se contém nessa mesma Carta da República; não posso desconsiderar que 81 são os Senadores e 513 os Deputados,

eleitos representantes do povo brasileiro" [...]. "Recuso-me, Presidente, a dizer que o Senado da República é um verdadeiro diário oficial; que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de inconstitucionalidade, formalizadas no âmbito do controle difuso de inconstitucionalidade" [...]. "O art. 52, X, atende à independência e harmonia entre os poderes; que sinaliza que o sistema nacional é um sistema equilibrado, ao prever, e ao prever em bom vernáculo, que compete ao Senado não simplesmente publicar a decisão, mas suspender a execução..."

• Min. Alexandre de Moraes: sustentou que a perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, não foi formalmente votada por não ter sido levantada como questão de ordem. Assim, a proposta de se atribuir o efeito *erga omnes* e vinculante se mostrava extremamente delicada. Ainda, não admitia a proposta de mutação, pois as hipóteses de efeito vinculante foram revistas pela EC nº 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e o instrumento da repercussão geral. Assim, não poderia o STF alterar o sentido do art. 52, X, pois, no caso, estaria legislando.

• Min. Gilmar Mendes: há tempos sustenta a proposta de mutação constitucional do art. 52, X (cf. item 6.6.5.1). A sua proposta ganha força com o advento, do CPC, destacando-se os art. 525, § 12, e art. 535, § 5º, que aproximam o controle difuso do controle concentrado, evitando-se, assim, anomias e fragmentação da unidade. Dessa forma, a sua leitura seria a seguinte: a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensificando a publicidade. O efeito *erga omnes* e vinculante decorre da própria decisão judicial.

• Min. Celso de Mello: evoluindo o seu entendimento já apresentado neste nosso trabalho, "considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria".

• Min. Dias Toffoli: sustentou a eficácia geral plena, para todo território nacional, da decisão tomada incidentalmente, evitando que o STF tenha que aguardar eventual atuação discricionária do Senado Federal e seja forçado a agir burocraticamente, tendo que falar em inúmeros processos o que já decidiu.

É interessante observar, ao assistirmos à sessão do dia 29.11.2017, que, depois de um aparte ao final do Min. Marco Aurélio dizendo que, com aquela transmudação, passaria a ser possível, agora, o cabimento de RCL constitucional, o Min. Dias Toffoli "temperou" o seu pensamento dizendo que se tratava de declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado (ADI estadual), nulificando incidentalmente a Lei Federal. Contudo, ao que

parece, o STF, por maioria de 7 x 2, não fez distinção entre processo objetivo e eventual processo subjetivo, sugerindo, de modo geral, a mutação constitucional do art. 52, X.

• Min. Rosa Weber: admitiu a tese da mutação constitucional.

• Min. Edson Fachin: sustentou que "a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim".

• Min. Luiz Fux: adotou a proposta de equivalência entre o controle difuso e o controle concentrado, sustentando, então, que o art. 52, X, da CF/1988 apenas permitiria a chancela formal do Senado Federal, que não poderia alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

• Min. Cármen Lúcia: sustentou que a Corte, seguindo o modelo dos países de *common law*, está caminhando no sentido de não ter que declarar inconstitucionalidade de cada ato normativo, mas, no fundo, da própria matéria da discussão.

Diante do exposto, podemos afirmar que o STF admitiu a mutação constitucional do art. 52, X, prescrevendo, então, que o papel do Senado Federal é apenas para dar publicidade à decisão. O efeito *erga omnes* e vinculante decorreria da própria decisão judicial.

Esse entendimento foi fixado em controle concentrado de Lei Estadual, como questão prejudicial. Contudo, apesar das particularidades, entendemos que o STF evoluiu a questão e não terá mais volta.

Teremos que aguardar agora a problemática do cabimento da reclamação constitucional, com algumas discussões no item seguinte.

Diante do exposto, apesar de o tema ser bem recente no STF e não ter tido um destaque específico, nem mesmo ter sido tomado em controle difuso puro, temos uma proposta de interpretação a ser feita.

Em nossa opinião, para que a declaração de inconstitucionalidade incidental de Lei ou ato normativo produza efeitos *erga omnes* e vinculante, independentemente de resolução do Senado Federal, partindo do pressuposto de que, de fato, houve mutação constitucional do art. 52, X (com o que não concordamos, mas é a posição do STF por 7 x 2), entendemos que o STF tem 3 medidas a fazer:

• formalmente deliberar sobre a questão, destacando-a como questão prejudicial;

• alcançar o *quorum* de no mínimo 6 Ministros (art. 97, da CF/1988) no sentido da inconstitucionalidade;

• fazer integrar a questão resolvida na ementa do acórdão, deliberando sobre os efeitos e podendo, se acharem conveniente, inclusive, modular os efeitos da decisão, observando, naturalmente, o *quorum* de 2/3, previsto no art. 27, da Lei nº 9.868/1999.

Se eventualmente o STF não pronunciar o efeito *erga omnes* e vinculante, por algum motivo, pensamos que o Senado Federal continuará com a sua missão prevista no art. 52,

X. Mas isso, naturalmente, é um pensamento e teremos que acompanhar como a Corte irá enfrentar essa nova realidade (pendente).

Finalmente, apenas em relação à questão específica do amianto e do efeito *erga omnes* e vinculante da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei Federal, a Min. Rosa Weber, em 2017, deferiu, "forte no poder geral de cautela e nos moldes dos art. 297, art. 932, II, art. 995, parágrafo único, e art. 1.026, § 1º, do CPC, o pedido de tutela de urgência para suspender, em parte, os efeitos da decisão, apenas no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração" (pendente o julgamento dos embargos de declaração com o objetivo de modulação dos efeitos da decisão).

6.6.5.6 Eficácia expansiva das decisões. Objetivação ("dessubjetivação") do recurso extraordinário. Limites à reclamação constitucional. Inconstitucionalidades no CPC?

Em relação ao tema exposto (eficácia expansiva das decisões e objetivação ou "dessubjetivação" do recurso extraordinário), gostaríamos de destacar alguns exemplos dessa perspectiva para, ao final, concluir, reforçando o item anterior, que, para o uso específico da reclamação constitucional, devemos adotar uma postura mais restritiva, sob pena de tornar o STF uma Corte de revisão, um órgão recursal, tendo em vista a criação de um inadmissível (porque inconstitucional) atalho processual. Vejamos os exemplos a demonstrar a inegável e muito bem-vinda valorização dos precedentes:

CPC/1973	REGRA CPC/1973	CPC	REGRA/CORRESPONDÊNCIA/NOVIDADE CPC
• art. 120, parágrafo único	• possibilidade de o relator decidir de plano o conflito de competência havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada	• art. 955	• deixa claro que a jurisprudência dominante é do STF, STJ ou do próprio Tribunal • aumenta o poder decisório do relator quando a tese tiver sido firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência
• art. 285-A	• improcedência de plano – julgamento de mérito sem a citação do réu se já houver demandas idênticas no juízo	• art. 332	• houve ampliação dos poderes do juiz de primeira instância, permitindo o julgamento de mérito não somente em razão de decisões do juízo, mas também nas hipóteses de: I – enunciado de súmula do STF ou do STJ; II – acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de TJ sobre direito local.
• art. 475, § 3º	• inexistência de reexame necessário quando a sentença estiver fundada em	• art. 496, § 3º e § 4º	• dispensa da remessa necessária de acordo com os valores da condenação (novidade)

	jurisprudência do pleno do STF ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente		• mantém a ideia de dispensa em razão de decisões do STF e do STJ e inova em relação a entendimento firmado em IRDR ou em assunção de competência • inova, também, de maneira muito interessante, ao dispensar o reexame quando a sentença estiver fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa
• art. 475-L, § 1º	• impugnação à fase executiva no cumprimento de sentença para declarar a inexigibilidade do título quando houver declaração de inconstitucionalidade, da Lei que funda o título	• art. 525, § 12 a § 15	• mantém a ideia com as observações e críticas que fizemos no item 6.7.1.17.4.3 deste estudo
• art. 741, parágrafo único	• impugnação na execução contra a Fazenda Pública para declarar a inexigibilidade do título quando houver declaração de inconstitucionalidade, da Lei que funda o título	• art. 535, § 5º a § 8º	• mantém a ideia com as observações e críticas que fizemos no item 6.7.1.17.4.3 deste estudo
• art. 479	• recomendação para a uniformização da jurisprudência	• art. 926	• os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente
• art. 481, § 1º	• dispensa da cláusula de reserva de pleno no controle difuso	• art. 949, parágrafo único	• regra prevista de modo idêntico
• art. 518, § 1º	• espécie de súmula impeditiva de recurso, caracterizada como um pressuposto de admissibilidade negativo do recurso, já que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF	• art. 1.011, I, c/c art. 932, IV	• a admissibilidade negativa é transferida para o Relator no Tribunal, e não mais para o juízo a quo que proferiu a sentença, podendo decidir monocraticamente (no Novo Código, não há mais juízo de admissibilidade pelo juiz que proferiu a sentença – art. 1.010, § 3º) • na linha das novidades, do CPC, o Relator poderá negar provimento ao recurso que for contrário a: súmula do STF ou do STJ; acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetidos; incidente firmado em IRDR ou assunção de competência
• art. 543-A, art. 543-B e art. 543-C	• análise da repercussão geral no recurso extraordinário. Julgamento por amostragem – processos-modelos tanto no recurso extraordinário como no especial	• art. 1.035 e segs	• a regra da repercussão geral foi mantida e mais bem disciplinada a técnica do julgamento de recursos extraordinário e especial repetidos
• art. 544, § 4º, I e II, e art. 557, caput e § 1º-A	• atribuição dada ao relator do agravo em recurso especial ou extraordinário para, monocraticamente, com base em jurisprudência do STJ ou do STF, conhecer do agravo e provê-lo ou negar-lhe seguimento. Essa previsão está explícita, também, para os recursos em geral (art. 557)	• art. 932, IV e V	• poderes dados ao relator para negar provimento a recurso ou dar provimento em razão de súmula do STF ou do STJ, acórdão em julgamento de recursos repetidos, entendimento firmado em IRDR ou assunção de competência
• art. 555, § 1º	• ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse	• art. 947	• o novo Código criou um capítulo próprio para o que chamou de incidente de assunção de competência – IAC • o art. 947, § 3º, prevê que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese, fazendo a previsão de cabimento de reclamação para

	público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso		garantir a observância do referido precedente (art. 988, IV)
• não há correspondência	• não há correspondência	• art. 927, III, IV e V	• Os juízes e os tribunais observarão: III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do pleno ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

A) Exposição da matéria

Analisados os dispositivos normativos acima listados, não temos dúvidas em reconhecer, tanto no revogado CPC/1973 como no CPC, o inegável processo de expansividade das decisões proferidas em casos concretos, bem como a força dada à jurisprudência dos tribunais.

Todos os exemplos indicam uma inegável tendência de valorização dos precedentes, na linha do que o CPC denominou jurisprudência dos tribunais estável, íntegra e coerente (art. 926, caput).

Aliás, devemos destacar que o texto original do Senado Federal estabelecia apenas uma valorização da estabilidade da jurisprudência. A previsão da integridade e da coerência se verificou em razão de sugestão feita por Lenio Streck à comissão de especialistas na Câmara dos Deputados (por todos, Fredie Didier), bem como ao Relator, Deputado Paulo Teixeira, e que veio a ser acatada pelo Senado Federal, na votação final do substitutivo.

Devemos, então, analisar a amplitude dessa dita "emenda streckiana-dworkiniana" ao projeto de Lei (assim chamada por Streck),[96] especialmente no sentido de se verificar a amplitude da vinculação da jurisprudência dos tribunais em relação aos juízes do Brasil e a potencialização supostamente dada para o cabimento da reclamação constitucional.

Em primeiro lugar, temos que aplaudir essa importante potencialização dada à jurisprudência no CPC, ao prever um sentido bastante técnico desses vetores principiológicos a partir de uma concepção de dignidade da pessoa humana, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, CPC).

Para Streck, "a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a "estabilidade" é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do

[96] STRECK, Lenio Luiz: CPC *terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*

caso".[97] Nesse sentido, o autor define com precisão os necessários "atributos" das decisões judiciais:

• coerência: "... em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico";[98]

• integridade: segundo o autor, valendo-se das lições de Dworkin (O império do direito, Quartier Latin, 2008), é duplamente composta: a) princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente; b) princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade".[99] E, no citado texto de 2014, Streck chegou a afirmar ser a integridade antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade.

Pois bem, definido esse novo sentido da jurisprudência, resta analisar a amplitude da vinculação dos juízes e tribunais e, no caso, o cabimento ou não desse inegável direito fundamental (verdadeiro direito de petição – art. 5º, XXXIV, "a"), denominado reclamação constitucional.

Pelos dispositivos normativos citados no quadro acima, o CPC seguiu a tendência que já se verificava em relação às últimas minirreformas do Código Buzaidiano de 1973, aumentando o poder decisório dos relatores e a "vinculação" sugestiva decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados nos tribunais superiores.

O CPC, contudo, avançou e supervalorizou o cabimento da reclamação e, assim, o efeito vinculante das decisões. A sua modificação pela Lei nº 13.256/2016, apesar de minimizar essa vinculação, continuou prevendo situações que, em nosso entender, afrontam a Constituição.

Destacamos, então, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional nos termos do art. 988, do CPC, para:

---

[97] STRECK, Lenio Luiz: *Por que agora dá para apostar no projeto do* CPC.
[98] *Ibid.*
[99] *Ibid.*

• preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, I, "l", da CF/1988 e art. 988, I e II, CPC);

• garantir a observância da tese jurídica fixada em enunciado de súmula vinculante e em decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III e § 4º, CPC);

• garantir a observância da tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR ou de incidente de assunção de competência – IAC (art. 988, IV e § 4º, CPC);

• garantir a observância da tese jurídica extraída de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II).

Na nova redação conferida ao art. 988, III, pela Lei nº 13.256/2016, o legislador foi bem sensato ao prescrever, em um mesmo inciso, as situações de verdadeiro efeito vinculante previstas na Constituição para o cabimento da reclamação constitucional, quais sejam, enunciado de súmula vinculante e decisão do STF em controle concentrado.

No art. 988, IV, houve a indicação de situações que se aproximam e foram criadas pelo CPC, quais sejam, o cabimento de reclamação constitucional para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR – nesse sentido, cf. também art. 985, § 1º) ou de incidente de assunção de competência (IAC). Mesmo com as particularidades desses institutos, entendemos que a fixação de efeito vinculante sem a previsão na Constituição (que só estabelece em razão de edição de SV ou decorrente de decisão proferida em controle concentrado) apresenta-se com duvidosa constitucionalidade.

A última hipótese de cabimento da reclamação constitucional foi estabelecida para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, do CPC, introduzido pela Lei nº 13.256/2016).

O fato de criar uma condição, qual seja, o esgotamento das instâncias ordinárias, em nosso entender, não afasta a inconstitucionalidade do dispositivo.

Sobre esse tema específico, cabe anotar que, até o fechamento desta edição, havia apenas um caso em que o STF interpretou a expressão "instâncias ordinárias". Para 4 Ministros da 2ª Turma do STF (lembrando que a Turma é integrada por 5 Ministros), "em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o iter recursal cabível antes do acesso

à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação" (Rcl 24.686 ED-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j., 2ª T., DJE de 2017).[100]

De todo modo, em sendo aceita a vinculação da tese jurídica firmada em referidos procedimentos novos (IRDR e IAC) e no caso do art. 988, § 5º, II, CPC, temos de deixar claro que a vinculação, nesses casos específicos, restringir-se-á ao âmbito do Poder Judiciário, não atingindo a administração pública, sob pena de se violar o princípio da separação de poderes (a Constituição estabelece o efeito vinculante em relação à Administração Pública apenas nos casos de controle concentrado – art. 102, § 2º, da CF/1988 – e de súmula vinculante – art. 103-A, da CF/1988).

B) Nossa opinião

Apresentadas as perspectivas de constitucionalidade das novas hipóteses de reclamação trazidas pela Lei (não previstas expressamente na Constituição), temos de trazer a nossa opinião.

Em nosso entender, essas regras de vinculação e o consequente cabimento da reclamação constitucional não poderiam ter sido introduzidos por legislação infraconstitucional, porque dependeriam, necessariamente, de emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição.

Como se sabe e já afirmamos anteriormente, na CF/1988, o efeito vinculante (no caso, premissa para se falar nessa hipótese de cabimento da reclamação), somente se observa em razão das decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º),[101] ou em razão de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 103-A),[102] regra essa, aliás, na linha do que sustentamos, introduzida pela EC nº 45/2004.

---

[100] Dessa forma, para conhecimento da reclamação constitucional nas hipóteses de descumprimento de tese jurídica firmada em acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, deverá haver o esgotamento de todos os recursos cabíveis nas instâncias antecedentes e, portanto, todos os recursos para os tribunais superiores. O Min. Dias Toffoli restringiu esse esgotamento apenas para a Justiça Eleitoral, por entender que o recurso dirigido ao TSE tem um objeto de conhecimento mais amplo. Como se disse, a decisão interpretando o art. 988, § 5º, II, foi proferida pela 2ª T. do STF e não pelo Plenário.

[101] Art. 102, § 2º, da CF/1988: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

[102] Art. 103-A, da CF/1988: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

Não podemos confundir efeitos processuais dos instrumentos elencados acima com ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional (art. 102, I, "l") para a garantia da autoridade das decisões dos tribunais.

Até podemos admitir, aplicando-se os instrumentos de coerência e integridade, o que, de modo muito interessante, Streck denominou "vinculação orgânica-material"[103] dos julgadores.

Entretanto, essa dita "vinculação", no controle da decisão judicial, não poderá ensejar o cabimento da reclamação constitucional. Trata-se de norma de caráter programático, e não de imposição. Busca-se criar uma cultura de observância dos precedentes, mas não a hipótese de reclamação constitucional que não encontra fundamento na Constituição.

Como se disse, sem dúvida, ferramentas processuais serão importantes para abreviar a entrega da prestação jurisdicional (aliás, como sabemos, a razoável duração do processo é direito fundamental – art. 5º, LXXIII, da CF/1988). Exemplificando, é perfeitamente admissível a introdução por Lei de julgamento monocrático pelo relator no tribunal em observância à jurisprudência dominante do STF ou do STJ, ou a restrição das hipóteses de remessa necessária.

Contudo, isso não pode significar o cabimento da reclamação constitucional. Assim, entendemos, flagrantemente inconstitucional essa pretensão trazida no CPC.

Estamos nos referindo aos art. 988, IV e § 5º, II; art. 985, § 1º; art. 947, § 3º, e, também, ao art. 927, III, IV e V, do CPC, ao se estabelecer que os juízes e tribunais observarão:

• os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

• os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

• a orientação do pleno ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Dizer que "devem" observar significa vincular. Não poderia ser outra a interpretação, pois, do contrário, não faria sentido explicitar o dever de "observar" ao lado de outros incisos que, por sua essência, já trazem, ínsita, a vinculação, como são os incisos I (decisões do STF em controle concentrado) e II (enunciados de súmula vinculante), em relação aos quais inquestionável o cabimento da reclamação constitucional.

Não estamos a condenar os efeitos processuais, aliás, muito bem-vindos e uma realidade já no CPC/1973 em razão de suas minirreformas, como já dissemos. Estamos, por outro lado, unicamente a não reconhecer o efeito vinculante para o cabimento da reclamação constitucional.

---

[103] STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da: *Comentários ao código de processo civil.*

Esse alerta em relação ao art. 927, IV e V tem encontrado apoio na maioria da doutrina, já que não previstos nas hipóteses do art. 988 que tratam do instituto específico da reclamação.

C) O que responder nas provas de concurso público? – o CPC deverá ser observado

CUIDADO: sobre o tema específico deste capítulo, a nossa perspectiva de distinção entre o controle difuso e o controle concentrado parece perder força a partir do voto do Ministro Teori no julgamento da ADI 2.418, acompanhado pela maioria do STF, com exceção do Min. Marco Aurélio (nesse ponto específico, 10 x 1 – j. 2016, DJE de 2016).

No caso, a Corte analisava a constitucionalidade do art. 525, § 1º, III e § 12, do CPC (cf. item 6.7.1.17.4.3), que admite a interposição de embargos rescisórios se, na execução, o título estiver fundado em Lei declarada inconstitucional pelo STF, seja em controle difuso ou concentrado.

Em seu voto, seguido pela maioria, afirma o Min. Teori que a distinção entre controle difuso ou concentrado é irrelevante, independentemente da edição de resolução pelo Senado Federal. E enfatiza: "A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, DJE 2014, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada "efeito natural da sentença" (BITTENCOURT, Lúcio: *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*; CASTRO NUNES, José: *Teoria e prática do Poder Judiciário*).

Dado o objetivo deste nosso estudo, para as provas de concurso público, enquanto não afastadas pelo STF, essas novas hipóteses de reclamação constitucional previstas na Lei e estudadas nos livros de processo civil devem ser observadas, lembrando, claro, a interpretação restritiva dada pela 2ª Turma do STF, no julgamento da Rcl 24.686, acima comentada.

Nesse sentido, apesar de ainda não haver decisão do pleno do STF sobre a constitucionalidade dessas novas hipóteses de cabimento da reclamação constitucional trazidas pelo CPC e por nós contestadas, há importante decisão monocrática do Min. Lewandowski conhecendo da reclamação e julgando procedente o pedido para cassar o ato reclamado (acórdão proferido pelo TRF 4, nos autos de apelação cível, estando "esgotadas as instâncias ordinárias, por terem sido interpostos tanto o recurso extraordinário, como o

agravo, contra decisão que não o admitiu" – art. 988, § 5º, II, CPC), que descumpriu, segundo sustentou o Ministro, tese firmada no RE 632.853 (tema 485 da reclamação geral).

Dessa forma, nos exatos termos, do CPC, o Min. Lewandowski considerou cabível reclamação constitucional tendo por fundamento o descumprimento da tese firmada em um *leading case* de repercussão geral (Rcl 26.300, j. 2017, decisão monocrática, DJE de 2017. Tendo sido interposto agravo interno, a Turma, por unanimidade, negou provimento, nos termos do voto do Relator. 2ª T., sessão virtual de 2017).

6.6.6 Controle difuso em sede de ação civil pública

Como vimos, o controle difuso de constitucionalidade é realizado no caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, sendo a declaração de inconstitucionalidade proferida de modo incidental, produzindo, em regra, efeitos somente para as partes (salvo a hipótese de resolução do Senado Federal – art. 52, X, da CF/1988, ou, a nova perspectiva de mutação constitucional do referido dispositivo, se o STF resolver a inconstitucionalidade como questão prejudicial e expressamente assim deliberar, devendo ser observado o *quorum* de no mínimo 6 ministros – cf. item 6.6.5.5).

Portanto, só será cabível o controle difuso, em sede de ação civil pública "... como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal" (Min. Celso de Mello, Rcl 1.733-SP, DJ de 2000 – Inf. 212/STF).

Por conseguinte, a jurisprudência do STF "... exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. Carlos Velloso – Ag. 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. Moreira Alves). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de Lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de MAZZILLI, Hugo Nigro: *O Inquérito Civil.* "Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública, da Lei nº 7.347/1985, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. [...] assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas

(não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas"" (Min. Celso de Mello, Rcl 1.733-SP, DJ de 2000 – Inf. 212/STF).

Mas atente à regra geral: a ação civil pública não pode ser ajuizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, pois, em caso de produção de efeitos *erga omnes*, estaria provocando verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, usurpando competência do STF (cf. STF, Rcl 633-6/SP, Min. Francisco Rezek, DJ de 1996).

No entanto, sendo os efeitos da declaração reduzidos somente às partes (sem amplitude *erga omnes*), ou seja, tratando-se de "... ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo" (STF, Rcl 602-6/SP), aí sim seria possível o controle difuso em sede de ação civil pública, verificando-se a declaração de inconstitucionalidade de modo incidental e restringindo-se os efeitos inter partes. O pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental terá, enfatize-se, de constituir verdadeira causa de pedir (cf. RE 424.993, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, DJ de 2007).

Como exemplo, de maneira precisa, Alexandre de Moraes cita determinada ação civil pública ajuizada pelo MP, em defesa do patrimônio público, para anulação de licitação baseada em Lei municipal incompatível com o art. 37, da CF/1988, declarando o juiz ou tribunal, no caso concreto, a inconstitucionalidade da referida lei, reduzidos os seus efeitos somente às partes.[104]

Quando a questão chegar ao STF, confirmada a perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, proposta pelo STF no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470 (cf. item 6.6.5.5) e se a Corte assim se pronunciar, além dos efeitos normais da ação civil pública, poderá ser reconhecido, também, o efeito *erga omnes* e vinculante da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF como questão prejudicial. Mas, conforme já alertamos, entendemos que o STF tem que formalmente deliberar sobre a questão, alcançar o *quorum* de no mínimo 6 Ministros (art. 97, da CF/1988) e fazer integrar essa decisão na ementa do acórdão.

6.7 Controle concentrado[105]

[104] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[105] Como se sabe, a Res. nº 230/2002 do STF dispõe sobre as siglas dos registros processuais no âmbito da Suprema Corte. Assim, para referida ação, a sigla que vem sendo utilizada é, indistintamente, IF, ou seja, Intervenção Federal. Entendemos, contudo, que o STF deverá adequar à nomenclatura fixada no art. 36, III, da CF/1988, e na Lei nº 12.562/2011, qual seja, representação interventiva e, assim, propomos a utilização da sigla RI.

O controle concentrado de constitucionalidade de Lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de "concentrar-se" em um único tribunal. Pode ser verificado em cinco situações:

AÇÃO	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	REGULAMENTAÇÃO
• ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica	• art. 102, I, "a"	• Lei nº 9.868/1999
• ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	• art. 102, I, "a"	• Lei nº 9.868/1999
• ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	• art. 102, § 1º	• Lei nº 9.882/1999
• ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	• art. 103, § 2º	• Lei nº 12.063/2009
• IF – Representação Interventiva (ADI Interventiva)	• art. 36, III, c/c art. 34, VII	• Lei nº 12.562/2011

6.7.1 ADI genérica

6.7.1.1 Conceito (ADI genérica)

O que se busca com a ADI genérica é o controle de constitucionalidade de Lei ou de ato normativo, sendo esse controle realizado em tese, em abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade, da Lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a Lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, "tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida principaliter".[106]

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema Lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente, assim como a nossa proposta de "vício de decoro parlamentar"), buscando, por conseguinte, a sua invalidação.

6.7.1.2 Objeto (ADI genérica)

O objeto da ADI genérica será a Lei ou o ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o parâmetro ou paradigma de confronto.

Assim, não se admite o controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo e abstrato (ADI) de meras proposições normativas, já que estas não ensejam inovação formal

[106] GRINOVER, Ada Pellegrini: *Controle da constitucionalidade*.

na ordem jurídica. O próprio art. 102, I, "a", da CF/1988, conforme apontado, estabelece como objeto da ADI Lei ou ato normativo e não projeto de Lei ou projeto de ato normativo.

Conforme afirmou o Min. Celso de Mello, "atos normativos "*in fieri*", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas" (ADI 466, j. 1991, Plenário, DJ de 1991).

Isso definido, lançamos a seguinte questão: e a Lei ou o ato normativo em *vacatio legis*, pode ser objeto de controle concentrado via ADI? Ou seja, a Lei ou o ato normativo existe, foi publicado, mas ainda não está em vigor. Poderia haver controle concentrado abstrato via ADI?

Entendemos que sim, já que a Lei ou o ato normativo existe e, por isso, encontra-se formalmente incorporado ao sistema de direito positivo, podendo, então, ser objeto de controle sem a necessidade de se sustentar o cabimento preventivo da ação direta.

E acrescentamos mais um ponto para sustentar o nosso entendimento: se a Lei em *vacatio legis* pode ser revogada (cf. HC 72.435), poderá, também, ser objeto de ADI, buscando, inclusive, evitar a insegurança jurídica durante o período de preparação para a sua efetiva aplicação, aliás, um dos sentidos da *vacatio legis*.

Nesses termos, Gilmar Mendes admite o controle, da Lei ou do ato normativo após a conclusão definitiva do processo legislativo, mesmo que ainda não esteja em vigor,[107] conforme sustentado por Celso de Mello no interessante *leading case* acima citado, que definiu o objeto da ADI como sendo leis ou atos normativos já promulgados, editados e publicados, não exigindo, ao menos a partir, da Leitura do acórdão, a sua vigência (ADI 466).

Em outro precedente, em ADI que objetivava nulificar a PEC da Reforma da Previdência (PEC 287/2016), a Min. Rosa Weber, monocraticamente, negou seguimento à referida ação por entender inexistir eficácia jurídica em relação à proposição de alteração da Constituição. E afirmou: "a existência formal, da Lei ou do ato normativo – ou, no caso, da emenda à Constituição – na ordem jurídica, o que se dá após a conclusão do processo legislativo, traduz pressuposto de Constituição válida e regular da relação processual de índole objetiva inaugurada pela ação direta de constitucionalidade" (ADI 5.669, j. 2017).

Em sua decisão, contudo, a Ministra prescreve que a ADI é vocacionada para assegurar a "higidez constitucional da ordem jurídica vigente", sendo que "o interesse na tutela judicial,

---

[107] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*. Mendes lembrou interessante precedente no qual se discutiu o cabimento de ação direta tendo por objeto a Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) promulgada, mas, ainda, no momento da propositura da ação, não publicada. De acordo com o entendimento, a publicação superveniente, no curso do processo e antes da sentença, foi suficiente para superar a preliminar arguida (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2005, Plenário, DJ de 2006).

por essa via objetiva, pressupõe, em consequência, ato normativo em vigor", a fim de caracterizar "efetivo e atual descumprimento da Constituição".

Com o máximo respeito, entendemos ser possível a ADI mesmo em *vacatio legis*, conforme acima exposto, já que estaremos diante de Lei ou ato normativo – requisitos constitucionais (art. 102, I, "a"), apesar de ainda não vigente. Não se discute, na ação de controle abstrato, direito subjetivo, mas, como se sabe, a Lei em tese, em processo marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração (destacando, contudo, ainda não haver uma decisão recente do pleno do STF enfrentando esse assunto – pendente).

Finalmente, lembramos ser possível o controle judicial preventivo de constitucionalidade (durante a tramitação) na hipótese de mandado de segurança a ser impetrado exclusivamente por Parlamentar, nos termos da discussão e dos limites já estudados no item 6.4.1.3.

6.7.1.2.1 Leis

Entendam-se por leis todas as espécies normativas do art. 59, da CF/1988, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.[108]

6.7.1.2.2 Atos normativos

Conforme anotou o Min. Celso de Mello, "a noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Todos esses elementos – autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais" (ADI 2.321 MC, j. 2000).

Nesse sentido, segundo Alexandre de Moraes,[109] atos normativos podem ser: a) resoluções administrativas dos tribunais; b) atos estatais de conteúdo meramente

---

[108] Conforme advertem David Araujo e Serrano Nunes, "nem toda resolução ou Decreto Legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente da República, prevista no art. 51, I da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade e abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado" (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*.).

[109] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

derrogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

O autor, valendo-se das palavras de Castanheira A. Neves, observa que poderá ser objeto de controle qualquer "ato revestido de indiscutível caráter normativo",[110] motivo pelo qual incluímos aí os regimentos internos dos tribunais.

Podem, também, ser objeto de controle de constitucionalidade:

• as deliberações administrativas dos órgãos judiciários (precedente: STF, ADI 728, Rel. Min. Marco Aurélio). Nesse sentido:

"EMENTA: Resolução administrativa do TRT da 3ª Região. Natureza normativa da resolução. Atribuição do Congresso Nacional para ato normativo que aumenta vencimentos de servidor. Inconstitucionalidade da resolução configurada. Precedentes do STF" (ADI 1.614, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 1998, Plenário, DJ de 1999). "É cabível o controle concentrado de resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos. Precedentes" (ADI 2.104, Rel. Min. Eros Grau, j. 2007, Plenário, DJE de 2008).

• as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho judiciários que determinam o pagamento a magistrados e servidores das diferenças de plano econômico (precedente: STF, ADI 681/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, reconhecendo o seu caráter normativo), salvo as convenções coletivas de trabalho;[111]

• resolução do Conselho Interministerial de Preços – CIP (STF, Plenário, ADI 8-0/DF, Rel. Min. Carlos Velloso), que concedeu aumento de preço aos produtos farmacêuticos, permitindo, portanto, a verificação de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Outros exemplos reconhecidos como atos normativos a ensejar o cabimento de ADI foram a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que restringem a doação de sangue por homossexuais. A Corte reconheceu que referidas disposições constituem atos normativos federais que se revestem de conteúdo regulatório dotado de abstração, generalidade e impessoalidade, possuindo alta densidade normativa e não se caracterizando como simples atos regulamentares (ADI 5.543, julgamento iniciado em 2017, pendente a resolução do mérito).

6.7.1.2.3 Súmulas?

De acordo com a ADI 594-DF, só podem ser objeto de controle perante o STF leis e atos normativos federais ou estaduais. Súmula de jurisprudência não possui o grau de

---

[110] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[111] Cf. posicionamento de CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.*

normatividade qualificada, não podendo, portanto, ser questionada perante o STF através do controle concentrado.

E a súmula vinculante pode ser objeto de ADI?

Como se sabe, a EC nº 45/2004 fixou a possibilidade de o STF (e exclusivamente o STF), de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A).

O seu § 2º, por seu turno, fixa a possibilidade de, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, proceder-se a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula, mediante provocação daqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, tendo em vista o fato de a súmula não ser marcada pela generalidade e abstração, diferentemente do que acontece com as leis, não se pode aceitar a técnica do "controle de constitucionalidade" de súmula, mesmo no caso da súmula vinculante.

O que existe é um procedimento de revisão pelo qual se poderá cancelar a súmula. O cancelamento desta significará a não mais aplicação do entendimento que vigorava. Nesse caso, naturalmente, a nova posição produzirá as suas consequências a partir do novo entendimento, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cabe alertar que o procedimento de aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante foi disciplinado pela Lei nº 11.417/2006.

Todavia, em algumas decisões, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o mecanismo para se rever a súmula vinculante seria a própria ADI (com o que não concordamos, pelos motivos acima expostos). Tratava-se de hipótese na qual se discutia a impetração de *habeas corpus* tendo em vista a edição da SV 11[112] sobre o uso de algemas (HC 96.301, 2008, Min. Ellen Gracie).

Em 2008, o Presidente do STF, no uso de suas atribuições, editou a Res. nº 388, disciplinando o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas, vinculantes ou não. Posteriormente, de modo específico, a Emenda Regimental nº 46/2011 acresceu os art. 354-A ao art. 354-G ao RISTF, regulamentando o procedimento. Trata-se, sem dúvida, de instituto que difere da ADI (cf. item 11.14.11.5).

---

[112] "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado" (Sessão Plenária de 2008). O Decreto nº 8.858/2016 regulamenta o emprego de algemas (cf. item 14.10.4.1).

6.7.1.2.4 Emendas constitucionais?

Como dissemos, as emendas constitucionais podem ser objeto de controle, embora introduzam no ordenamento normas de caráter constitucional. O que temos com o processo de emendas é a manifestação do poder constituinte derivado reformador, e, como vimos ao estudar a teoria do poder constituinte, a derivação dá-se em relação ao poder constituinte originário. Este último é ilimitado juridicamente e autônomo. O derivado reformador, por seu turno, deve observar os limites impostos e estabelecidos pelo originário, como decorre da observância às regras do art. 60, da CF/1988. Assim, desobedecendo aos referidos limites, inevitável declarar inconstitucional a emenda que introduziu uma alteração no texto constitucional.[113]

Conforme alertamos, o poder constituinte derivado revisor (art. 3º, do ADCT), assim como o reformador (art. 60, da CF/1988) e o decorrente (art. 25, da CF/1988 – Constituições estaduais), é fruto do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele vinculado. É, ainda, um "poder" condicionado e limitado às regras instituídas pelo originário, sendo, assim, um poder jurídico.

Dessa maneira, as emendas de revisão também poderão ser "controladas", tanto em seu aspecto formal (procedimento previsto no art. 3º, do ADCT) como no material (cláusulas pétreas – art. 60, § 4º, I ao IV) (cf. item 4.5.4).

6.7.1.2.5 Medidas provisórias?

Somente o ato estatal de conteúdo normativo, em plena vigência, pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Como a medida provisória tem força de lei, poderá ser objeto de controle, já que ato estatal, em plena vigência. No entanto, sendo ela convertida em lei, ou tendo perdido a sua eficácia por decurso de prazo, nos termos do art. 62, § 3º, da CF/1988 (confira as profundas alterações trazidas pela EC nº 32/2001 em relação à tramitação das medidas provisórias e por nós comentadas no item 9.14.4), considerar-se-á prejudicada a ADI (que questionava a constitucionalidade da MP) pela perda do objeto da ação. O autor da ADI, na primeira hipótese, deverá aditar o seu pedido à nova Lei de conversão.

E os requisitos constitucionais de relevância e urgência (art. 62) podem ser objeto de controle jurisdicional?

Excepcionalmente, o STF decidiu serem passíveis de controle desde que o exame seja feito *cum grano salis*, ou seja, com muita parcimônia. Assim, "conforme entendimento

---

[113] "Emenda Constitucional emanada de Constituinte derivado pode ser declarada inconstitucional pelo STF, cuja função precípua é de guardião da CF" – ADI 939, RTJ 151/755.

consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62, da CF/1988), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º, da CF/1988) (ADI nº 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2004; ADI nº 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1999; ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1998; ADI nº 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1997)" (ADC 11-MC, voto do Min. Cezar Peluso, j. 2007, DJ de 2007).

Esse entendimento foi confirmado pela Corte no julgamento da ADI 4.029 j. 2012, ficando assim estabelecido:

"EMENTA: [...] A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1.910 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 2004, Plano; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1998, Plenário; ADI 2.736/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010, Plenário; ADI 1.753 MC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 1998, Plenário)".

E os requisitos constitucionais de imprevisibilidade e urgência (art. 62 c/c o art. 167, § 3º) da Medida Provisória que abre crédito extraordinário[114] podem ser objeto de controle jurisdicional?

Dada a magnitude do julgamento, pedimos vênia para transcrever a ementa que resume a nova posição do STF, revendo, inclusive, a jurisprudência que não admitia o controle para os denominados atos de efeito concreto (cf. item 6.7.1.2.10):

"EMENTA: Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, I, "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, I, "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para "a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida

[114] Conferir análise da utilização de medida provisória em matéria orçamentária no item 9.14.4.7.

urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias...” (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2008, DJE de 2008). No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2008.

Essa nova posição mostra-se bastante relevante, freando o desvirtuamento dado pelo Executivo às medidas provisórias e, assim, “chamando” o Legislativo para que exerça, de maneira muito mais democrática, a análise da questão orçamentária. Ou seja, a abertura de crédito tem de ser vista com muito critério.

6.7.1.2.6 Regulamentos subordinados ou de execução e decretos? Inconstitucionalidade indireta, reflexa ou oblíqua

Os regulamentos ou decretos regulamentares expedidos pelo Executivo (art. 84, IV, da CF/1988) e demais atos normativos secundários poderiam ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade?

Como regra geral, não. Tais atos não estão revestidos de autonomia jurídica a fim de qualificar-se como atos normativos suscetíveis de controle,[115] não devendo, assim, sequer ser conhecida a ação. Trata-se de questão de legalidade, e referidos atos, portanto, serão ilegais e não inconstitucionais.

Estamos diante daquilo que o STF chamou de crise de legalidade, caracterizada pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapando das balizas previstas na Constituição Federal (STF, Plenário, ADI 264/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 152/352; STF, ADI 1.253-3, medida liminar, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ1 de 1995).

Nessas hipóteses, o objeto não seria ato normativo primário, com fundamento de validade diretamente na Constituição, mas ato secundário, com base na lei, não se admitindo, portanto, controle de inconstitucionalidade indireta, reflexa ou oblíqua (cf. ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1994, Plenário, DJ 1994. No mesmo sentido: ADI 3.805-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009; ADI 2.999, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2008; ADI 365-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1990).

O STF, excepcionalmente, tem admitido o controle de constitucionalidade na hipótese de decretos autônomos que não se prestam a regulamentar a lei, mas a inovar do ponto de vista normativo.

Em interessante precedente, estabelece a Suprema Corte: “Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo

[115] Medida Cautelar em ADI 129, j. 1992.

também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa" (ADI 2.950-AgR, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, j. 2004, DJ de 2007). Confira, entre outros julgados:

"EMENTA: Impugnação de resolução do Poder Executivo estadual. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Ato normativo autônomo. Conteúdo de Lei Ordinária em sentido material. Admissibilidade do pedido de controle abstrato. Precedentes. Pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade o ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de Lei Ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica" (ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, DJ de 2007).

"EMENTA: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de Decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade..." (ADI 3.664, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2011, DJE de 2011).

6.7.1.2.7 Tratados internacionais

Estudaremos no item 9.14.5.2 ("Breves notas sobre o processo de formação dos tratados internacionais e a novidade trazida pela EC nº 45/2004") que o processo de incorporação no ordenamento jurídico interno dos tratados internacionais passa por quatro fases distintas, a saber: a) celebração do tratado internacional (negociação, conclusão e assinatura) pelo Órgão do Poder Executivo (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII – Presidente da República); b) aprovação (referendo ou "ratificação" lato sensu), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de Decreto Legislativo, resolvendo-o definitivamente (Congresso Nacional, art. 49, I); c) troca ou depósito dos instrumentos de ratificação (ou adesão, caso não tenha tido prévia celebração) pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional; d) promulgação por Decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no diário oficial. Nesse momento o tratado, acordo ou ato internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias.

Apesar de nossa opinião pessoal diferente,[116] a maior parte da doutrina e pacificamente os tribunais (salvo alguns juízes do extinto 1º TACSP), inclusive, de forma majoritária, o STF,

[116] Mesmo antes, da EC nº 45/2004 entendíamos que os tratados internacionais veiculadores de direitos humanos fundamentais ingressavam no ordenamento interno, por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988, com o caráter de norma constitucional, enquanto outros tratados internacionais, de natureza diversa, com o caráter

entendiam (sem qualquer distinção) que os tratados internacionais de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos (esse entendimento vai ser su-perado), ingressam no ordenamento interno com o caráter de norma infraconstitucional, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro (RTJ 83/19809 e Inf. 73/STF – DJ de 1997), podendo, por conseguinte, ser revogados (*ab-rogação* ou *derrogação*) por norma posterior e ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou difusa.[117]

A Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) acrescentou o art. 5º, § 3º, nos seguintes termos: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

A novidade trazida pela Reforma (e esse tema é ampliado no item 9.14.5.2.2, remetendo o leitor para a sua análise) consiste em diferenciar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos tratados e convenções internacionais de outra natureza. Aqueles (sobre direitos humanos), desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2º), passam a ter a mesma natureza jurídica das emendas constitucionais. Isso significa que, inexistindo afronta aos "limites do poder de reforma", o tratado internacional sobre direitos humanos, desde que observado o *quorum* diferenciado de aprovação pelo Congresso Nacional (igual ao das ECs), passa a ter paridade normativa com as normas constitucionais.

Remetemos o leitor para o item 9.14.5.2.3, no qual discutimos a tese de supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos defendida, inicialmente, pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343, Inf. 449/STF), sustentando serem mais que a lei, porém estando abaixo da Constituição.

Então, esquematizando, podemos afirmar:

• tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2º, e art. 5º, § 3º): equivalem a emendas constitucionais e, como visto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;

• tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma: malgrado posicionamento pessoal deste autor já exposto, de acordo com

---

de norma infraconstitucional. Sobre nossa posição, consultar LENZA, Pedro: *as garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais*.

[117] Dentre tantos julgados indicadores dessa primeira análise (que será superada), cf.: RTJ 149/479; RTJ 136/230; RTJ 135/111; RTJ 121/270; RTJ 84/724; RTJ 82/129; RT 739/290; RT 733/254; RT 727/102; RT 724/330; HC 68.582; HC 69.254; RTJ 141/570; HC 72.131; HC 70.625; HC 72.366; HC 70.338; HC 71.159; HC 71.933; HC 71.739; HC 72.171; HC 72.621; HC 75.512-7/SP; HC 75.362-1/PR, STF. Cf., ainda, Inf. 48/STF e o precedente da ADI 1.480-DF (RTJ 174/335-336, Rel. Min. Celso de Mello).

a jurisprudência do STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias e, portanto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;

• tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos (Gilmar Mendes): embora tenham o condão de "paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante" (voto no RE 466.343), podem sofrer controle de constitucionalidade, já que devem respeito ao princípio da supremacia da Constituição;

• tratados e convenções internacionais de outra natureza: podem ser objeto de controle e têm força de Lei Ordinária.

O STF, por 5 x 4, em 2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.[118]

Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do depositário infiel (por exemplo, o art. 7º, § 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos.

Com o máximo respeito, acompanhamos a divergência na linha do bem fundamentado voto do Min. Celso de Mello (natureza constitucional em razão da matéria, ampliando o conceito de "bloco de constitucionalidade" – cf. item 6.7.1.3).

Ademais, não conseguimos sustentar a manutenção de um documento que o STF declara acima, da Lei, mas abaixo da Constituição, contrariando o texto expresso que ainda persiste, no caso, o art. 5º, LXVII.

Finalmente, entendemos prevalecer a afirmação exarada por Araujo e Nunes Júnior em relação à regra anterior, qual seja, a de que "o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Legislativo que ratifica um tratado internacional não torna o ajuste internacional nulo, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, no entanto, a sanções internacionais decorrentes do descumprimento".[119]

De qualquer maneira, apesar dessas considerações doutrinárias, o STF, na prática, não vem aceitando mais a prisão civil do depositário infiel, entendimento este, agora, materializado na SV 25/2009 (DJE de 2009): "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

---

[118] Cf. Inf. 531/STF, assim como RE 349.703 e, no julgamento do HC 87.585, o cancelamento da S. 619/STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

[119] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.*

6.7.1.2.8 Normas constitucionais originárias

Já observamos, ao tratar do poder constituinte, que as normas constitucionais fruto do trabalho do poder constituinte originário serão sempre constitucionais, não se podendo falar em controle de sua constitucionalidade. Os aparentes conflitos devem ser harmonizados por meio da atividade interpretativa, de forma sistêmica.

Quanto ao trabalho dos poderes derivados, como visto, pode ser declarado inconstitucional, uma vez que referidos poderes são condicionados aos limites e parâmetros impostos pelo originário.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF: "Ação direta de inconstitucionalidade. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF/1988. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário" (ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2008, DJE de 2008).

Apesar dessa posição firme do STF (a ser adotada em fases preambulares), em eventual discussão em banca de concurso[120] é interessante que o ilustre candidato proponha uma releitura desse entendimento, especialmente diante dos grandes princípios do bem comum, do direito natural, da moral e da razão, afastando-se a perspectiva rígida de uma "onipotência do poder constituinte" e na linha de consagração do princípio da proibição do retrocesso em relação aos direitos fundamentais.[121]

6.7.1.2.9 O fenômeno da recepção

Conforme já estudamos, todo ato normativo anterior à Constituição ("AC") não pode ser objeto de controle de constitucionalidade perante a nova Constituição. O que se verifica é se foi ou não recepcionado pelo novo ordenamento jurídico. Quando for compatível (do ponto de vista material), será recebido, recepcionado. Quando não, não será recepcionado e, portanto, será revogado pela nova ordem, não se podendo falar em inconstitucionalidade superveniente.[122] Assim, somente os atos editados depois da Constituição ("DC") é que poderão ser questionados perante o STF, através do controle de constitucionalidade (ação

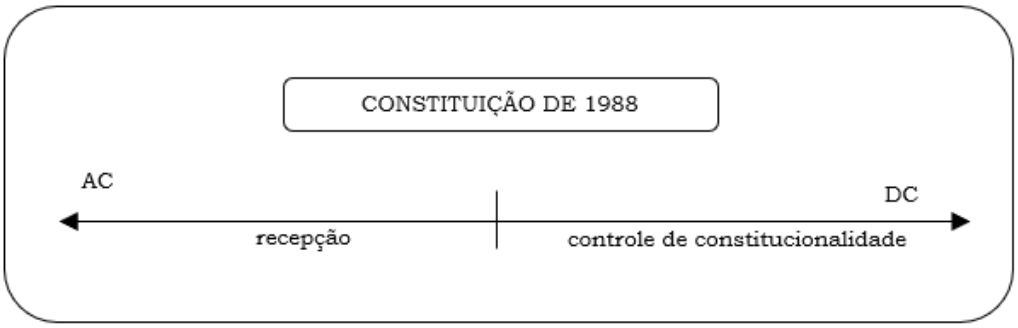
---

[120] No caso, interessante a leitura do leading case: ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1996, Plenário, DJ de 1996.

[121] Para uma perspectiva teórica inicial, cf. BACHOF, Otto: *Normas constitucionais inconstitucionais?*

[122] Estudamos melhor esse tema quando tratamos do poder constituinte – item 4.8.1.

direta de inconstitucionalidade), tendo em vista a regra da contemporaneidade. Vejamos o esquema:



Para maior entendimento do tema, confrontar o que expusemos (item 6.7.3) sobre o fenômeno da recepção com a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, estabelecida no art. 102, § 1º, da CF/1988, regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, que permitiu o controle de atos normativos anteriores à Constituição (AC).

Resta saber se o STF entende ser possível a modulação dos efeitos da decisão em sede de declaração de não recepção, da Lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente, aplicando-se, por analogia, o art. 27, da Lei nº 9.868/1999.

Em um primeiro momento, o STF não admitiu a modulação dos efeitos da decisão de recepção de Lei ou ato normativo editado antes da nova Constituição (cf. RE-AgR 353.508, j. 2007). Contudo, em divergência, o Min. Gilmar Mendes consignou a sua posição como sendo perfeitamente possível. Nesse caso, cf. AI 582.280 AgR, voto do Min. Celso de Mello, j. 2006, DJ de 2006).

O entendimento firmado pelo Min. Gilmar Mendes fazia total sentido, até porque a Corte havia admitido a teoria, da Lei ainda constitucional no caso da ação civil ex delicto (cf. item 6.7.1.6.1.2).

Em momento seguinte, devemos registrar, superando o entendimento anterior, a Corte reconheceu, expressamente, a possibilidade de modulação dos efeitos de não recepção de ato normativo editado antes de 1988 (RE 600.885, j. 09.02.2011 – cf. item 13.6.8).

Outro ponto interessante é analisar a possibilidade de aplicação da técnica do arrastamento (cf. item 6.7.1.5) no bojo de julgamento de recepção de determinado ato normativo. Ou seja, havendo pedido de declaração de não recepção de um dispositivo, será que a Corte poderia declarar revogado outro que, apesar de não impugnado, guarda relação de interdependência e interconexão com aquele objeto de análise específica?

Entendemos que sim se no controle concentrado em ADPF. Há um exemplo interessante na jurisprudência do STF que declarou não recepcionado o art. 23, § 4º, da Lei nº 1.079/1950 (impeachment), pelo fato de ter a Corte reconhecido como não recepcionados os § 1º e § 5º do referido artigo, expressamente impugnados e que guardavam relação "consequencial" (a

definição do papel da Câmara dos Deputados no processo de impeachment do Presidente da República – § 1º e § 5º – tornou sem sentido o § 4º, revogado por arrastamento) (cf. ADPF 378 MC, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 2015, Plenário, DJE de 2016, item IV. 9 da ementa, e proposta apresentada pelo Min. Celso de Mello).

6.7.1.2.10 Atos estatais de efeitos concretos e atos estatais de efeitos concretos editados sob a forma de Lei (exclusivamente formal)

De modo geral, o STF afirma que, em razão da inexistência de densidade jurídico-material (densidade normativa), os atos estatais de efeitos concretos não estão sujeitos ao controle abstrato de constitucionalidade (STF, RTJ 154/432), na medida em que a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional.

Assim, em um momento inicial, o STF passou a decidir no sentido de não se conhecer "... de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos de efeitos concretos". No caso, tratava-se, da Lei nº 11.744/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que declarava como bens integrantes do patrimônio cultural e histórico estadual o prédio e a destinação do Quartel General da Brigada Militar em Porto Alegre (ADI 2.686-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2002, Inf. 284/STF).

A Corte mantinha o entendimento de que, "... só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. Precedentes (v.g. ADI 767, Rezek, de 1992, RTJ 146/483; ADI 842, Celso, DJ 1993)" (ADI 1.937- MC/QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, DJ de 2007).

CUIDADO: o STF, contudo, modificou o seu posicionamento. Trata-se de votação bastante apertada e em sede de medida cautelar (e por isso temos de acompanhar mais essa evolução da jurisprudência) que distingue o ato de efeito concreto editado pelo Poder Público sob a forma de Lei do ato de efeito concreto não editado sob a forma de lei.

Portanto, mesmo que de efeito concreto, se o ato do Poder Público for materializado por Lei (ou medida provisória, no caso a que abre créditos extraordinários, cf. item 9.14.4.7), poderá ser objeto do controle abstrato.

O STF, modificando o seu entendimento, destacou que "essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que certos atos, mesmo que de efeito concreto, fossem editados sob a forma de lei. Assim, se a Constituição submeteu a Lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos

aprovados sob a forma de Lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma Lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como Lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas" (ADI 4.048-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2008).

Tendo em vista que a decisão foi tomada em medida cautelar, repetimos, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF. O PGR, em seu parecer encaminhado à ADI 4.047, cujo objeto é a MP nº 409/2007, que abriu crédito extraordinário de R$ 750 milhões em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, sustenta a impossibilidade de o STF analisar ato de efeito concreto, requerendo, em razão de a votação ter sido bastante apertada (ADIs 4.048 e 4.049, vide também Inf. 527/STF), a revisão da matéria, retomando o entendimento anterior que não admitia ADI tendo por objeto ato de efeito concreto (cf. Notícias STF, 2009) (matéria pendente de julgamento pelo STF).

Em julgamentos já realizados (ADI 4.048 e ADI 4.049), houve entendimento no sentido da prejudicialidade das ações por perda superveniente do objeto, uma vez que, nos termos do art. 167, § 2º, os créditos extraordinários abertos ou já tinham sido utilizados ou perderam a sua vigência. De todo modo, podemos afirmar essa tendência de mudança da orientação da Corte de acordo com os julgamentos proferidos nas cautelares.

6.7.1.2.11 Ato normativo já revogado ou de eficácia exaurida

O STF não admite a interposição de ADI para atacar Lei ou ato normativo revogado ou de eficácia exaurida, na medida em que "não deve considerar, para efeito do contraste que lhe é inerente, a existência de paradigma revestido de valor meramente histórico".[123]

Em razão de não caber a ADI e nem mesmo a ADC (pelos motivos expostos e em razão da ambivalência dessas ações), tendo em vista o princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 – cf. item 6.7.3.6), a Corte tem admitido o cabimento da ADPF contra ato normativo revogado ou com a sua eficácia exaurida (ADPF 77-MC, Rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

[123] Cf. ADI 2.980, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, j. 2009, Plenário, DJE de 2009. No mesmo sentido: ADI 2.549, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2011, Plenário; ADI 4.041-AgR-AgR-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário; ADI 2.333-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2004, Plenário.

6.7.1.2.12 Lei revogada ou que tenha perdido a sua vigência após a propositura da ADI – regra geral da prejudicialidade. O caso particular da fraude processual. Novas perspectivas: Singularidades do caso (não prejudicialidade)

Nessa hipótese, estando em curso a ação e sobrevindo a revogação (total ou parcial), da Lei ou ato normativo, assim como a perda de sua vigência (o que acontece com a medida provisória), ocorrerá, por regra, a prejudicialidade da ação, por "perda do objeto".[124]

Isso porque, segundo entendimento do STF, a declaração em tese de Lei ou ato normativo não mais existente transformaria a ADI em instrumento de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas (STF, Plenário, ADI 737/DF, Rel. Min. Moreira Alves). Esses questionamentos deverão ser alegados na via ordinária e em ações que discutam o caso concreto.

Nesse sentido, "a superveniente revogação – total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) – do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado" (ADI 2.010-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário).[125]

O Min. Gilmar Mendes, relator, no julgamento de questão de ordem na ADI 1.244, propôs a revisitação da jurisprudência do STF: "[...] para o fim de admitir o prosseguimento do controle abstrato nas hipóteses em que a norma atacada tenha perdido a vigência após o ajuizamento da ação, seja pela revogação, seja em razão do seu caráter temporário, restringindo o alcance dessa revisão às ações diretas pendentes de julgamento e às que vierem a ser ajuizadas. O Min. Gilmar Mendes, considerando que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, salientou não estar demonstrada nenhuma razão de base constitucional a evidenciar que somente no âmbito do

---

[124] Entendemos que se a alteração foi meramente formal (como renumeração de artigos), sem modificação de conteúdo, não haveria prejudicialidade. Naturalmente, por se tratar de novo ato normativo, deveria haver aditamento da petição inicial (ADI 246, j. 2004).

[125] Cf.: RTJ 152/731-732, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 153/13, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 154/396, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 154/401, Rel. Min. Paulo Brossard; RTJ 160/145, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 117/PR, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 437/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 17.08.1994; ADI 519/DF, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 747/TO, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 2.263/SE, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.032-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2004, p. 50; ADI 1.468-4/DF, j. 2004 etc.

controle difuso seria possível a aferição da constitucionalidade dos efeitos concretos de uma lei".[126]

Essa proposta, contudo, não foi admitida. Em 2019, a Corte, por unanimidade, julgou prejudicada a referida ADI 1.244, tendo, inclusive, o Min. Gilmar Mendes, relator, reajustado o seu voto.

Podemos, então, afirmar que o entendimento pacificado do STF é no sentido da prejudicialidade da ação, conforme, por exemplo, o julgamento da ADI 514/PI, em 2008, Rel. Min. Celso de Mello (Inf. 499/STF), e tantos outros precedentes.[127]

Nesse sentido, o STF, novamente por unanimidade, reafirmou a jurisprudência ao esclarecer que "a revogação expressa ou tácita da norma impugnada, bem como sua alteração substancial, após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes. Vocação dessa espécie de ação constitucional a assegurar a higidez da ordem jurídica vigente" (ADI 2.049, j. 2019, pleno Virtual, DJE de 2019. Cf., também, ADI 282, j. 2019).

CUIDADO: colocada a regra, devemos, agora, destacar alguns importantes precedentes nos quais o STF superou a preliminar de prejudicialidade:

• ADI 3.232: fraude processual;

• ADI 3.306: fraude processual;

• ADI 951 ED: comunicação tardia de revogação, da Lei objeto da ADI (após o STF ter julgado o mérito da ação, reconhecendo a inconstitucionalidade, da Lei);

• ADI 4.426: singularidades do caso;

• ADI 2.501: inexistência de alteração substancial da norma;

• ADI 2.418: inexistência de alteração substancial da norma.

Na ADI 3.232 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2008, DJE de 2008), o STF afastou a prejudicialidade por se tratar de revogação, da Lei objeto da ação apenas para frustrar o julgamento, especialmente por já estar pautada a ação. Entendeu o STF que se tratava de verdadeira fraude processual e, assim, superou a questão de ordem.

Nesse sentido, como sublinhou o Ministro Peluso, "... em conformidade com tese reafirmada em recente julgamento, de que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – que o fato de a Lei objeto da impugnação ter sido revogada, não diria, no curso dos

---

[126] ADI (QO-QO) 1.244-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2003 (Inf. 305/STF). Para aprofundamento, nessa linha, cf., também, o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4.426.

[127] Nesse sentido: "a revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes". (ADI 1.445-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2004, Plenário, DJ de 2005.) No mesmo sentido: ADI 1.298 e ADI 1.378, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2010, Plenário, DJE de 2011; ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 1992, Plenário, DJ de 1994.

processos, mas já quase ao cabo deles, não subtrai à Corte a jurisdição nem a competência para examinar a constitucionalidade, da Lei até então vigente e suas consequências jurídicas, que, uma vez julgadas procedentes as três ações, não seriam, no caso, de pouca monta" (ADI 3.232, cf. Inf. 515/STF).

Nessa mesma linha, o julgamento da preliminar na ADI 3.306 ao estabelecer que, "configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados" (ADI 3.306, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

No caso específico do julgamento dos embargos declaratórios na ADI 951, a comunicação da revogação, da Lei objeto da ação se deu somente quando da interposição dos referidos embargos declaratórios, ou seja, em momento tardio.

Entendeu o STF que não se poderia desprezar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, especialmente por ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma. Se outro fosse o entendimento, haveria a problemática de se manter no ordenamento jurídico norma violadora da Constituição.

Conforme prescreveu o Min. Barroso, relator, "permitir que se pleiteie a desConstituição do julgamento em sede de embargos de declaração depois de decidido o seu mérito equivaleria abrir à parte a possibilidade de manipular a decisão do Supremo". E argumentou: "Se esta lhe for favorável, bastará não invocar a perda de objeto e usufruir de seus efeitos. Se, ao contrário, lhe for desfavorável, o reconhecimento da prejudicialidade a imunizará contra os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade" (Notícias STF de 2016).

No outro precedente, qual seja, no julgamento da ADI 4.426, singularidades do caso justificaram o excepcional afastamento da jurisprudência atual que adota a regra da prejudicialidade da ação, na medida em que houve "impugnação em tempo adequado e a sua inclusão em pauta antes do exaurimento da eficácia, da Lei temporária impugnada, existindo a possibilidade de haver efeitos em curso" (ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário, DJE de 2011. Cf. também a ADI 4.356).

Finalmente, nos julgamentos da ADI 2.501/2008 e da ADI 2.418/2016, apesar de ter havido revogação do dispositivo objeto da ação, a modificação introduzida pela nova Lei não foi substancial, passando a haver tratamento normativo semelhante, não se identificando desatualização significativa no conteúdo dos institutos tratados.

6.7.1.2.13 Alteração do parâmetro constitucional invocado. Novo precedente na linha de não ocorrência de prejuízo desde que analisada a situação concreta. Superação da jurisprudência

da Corte acerca da matéria na hipótese de inadmitida constitucionalidade superveniente

Prevalece o entendimento no STF de que, havendo alteração no parâmetro constitucional invocado (no caso, por emenda constitucional), e já proposta a ADI, esta deve ser julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto (já que a emenda constitucional, segundo a Corte, revoga a Lei infraconstitucional em sentido contrário e que era o objeto da ADI).

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello aduz que "... a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, tem proclamado que tanto a superveniente revogação global da Constituição da República (RTJ 128/515, 130/1968, 130/1002, 135/515 e 141/19786) quanto a posterior derrogação (ou alteração substancial) da norma constitucional (RTJ 168/436, 169/19834, 169/19920, 171/114, 172/54-55 e 179/419; ADI 296/DF, 595/ES, 905/DF, 906/PR, 1.120/PA, 1.137/RS, 1.143/AP, 1.300/AP, 1.510/SC e 1.885-QO/DF), por afetarem o paradigma de confronto invocado no processo de controle concentrado de constitucionalidade, configuram hipóteses caracterizadoras de prejudicialidade da ação direta ou da ação declaratória, em virtude da evidente perda de seu objeto...".

Podemos citar dois exemplos nos quais se percebia essa orientação, ou seja, que a mudança de paradigma acarretava, por regra, a prejudicialidade da ADI previamente ajuizada:

• revogação primitiva do art. 39, § 1º, da CF/1988, pela EC nº 19/1998 – RTJ 172/19789-90, Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

"... II. Controle direto de inconstitucionalidade: prejuízo. Julga-se prejudicada total ou parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade no ponto em que, depois de seu ajuizamento, emenda à Constituição haja ab-rogado ou derrogado norma de Lei Fundamental que constituísse paradigma necessário à verificação da procedência ou improcedência dela ou de algum de seus fundamentos, respectivamente: orientação de aplicar-se no caso, no tocante à alegação de inconstitucionalidade material, dada a revogação primitiva do art. 39, § 1º, da CF/1988, pela EC nº 19/1998" (ADI 1.434/SP, Rel. Min. Sepúlveda, DJ de 2000).

• alteração do art. 40, caput, da CF/1988, pela EC nº 41/2003, agora permitindo a taxação dos inativos:

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.310/1999-RJ. Cobrança de contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. EC nº 41/2003. Alteração substancial do Sistema Público de Previdência. Prejudicialidade. 1. Contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos servidores inativos e dos pensionistas do Estado do Rio de Janeiro.

Norma editada em data posterior ao advento, da EC nº 20/1998. Inconstitucionalidade, da Lei Estadual em face da norma constitucional vigente à época da propositura da ação. 2. Superveniência da EC nº 41/2003, que alterou o sistema previdenciário. Prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada" (ADI 2.197/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 2004).

CUIDADO – mudança de entendimento pelo STF para se evitar a inadmitida constitucionalidade superveniente, da Lei objeto da ADI (2010).

Entretanto, no julgamento da questão de ordem na ADI 2.158, o STF rejeitou a preliminar de prejudicialidade, mesmo tendo havido a alteração no parâmetro de confronto.

No caso concreto, discutia-se Lei do Estado do Paraná que, antes da novidade introduzida pela EC nº 41/2003, estabelecia a taxação dos inativos.

Como se sabe, a possibilidade de taxação dos inativos foi introduzida somente com o advento, da EC nº 41/2003 (Reforma da Previdência), e não na redação original da Constituição.

Assim, antes da modificação introduzida pela EC nº 41/2003, nenhum ato normativo, mesmo na vigência das regras trazidas pela EC nº 20/1998, poderia prescrever a taxação dos inativos.

Por esse motivo, toda Lei que eventualmente assim disciplinasse, como foi o caso do Paraná, conteria vício congênito de inconstitucionalidade e, portanto, teria "nascido morta".

A partir do momento que a EC nº 41/2003 passou a admitir a taxação dos inativos (anteriormente não admitida, já que inconstitucional), foi como se a referida lei, ainda no ordenamento, pudesse ser "recebida" pela nova emenda, já que com ela (a nova regra trazida por emenda) adequada.

Como, porém, o STF não admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente, por esse motivo a referida lei, que nasceu inconstitucional, deve ser nulificada perante a regra da Constituição que vigorava à época de sua edição (princípio da contemporaneidade).

Dessa forma, examinando a situação do caso concreto, e modificando o seu entendimento, o STF não admitiu o pedido de prejudicialidade, analisando a constitucionalidade, da Lei nºà luz da regra constitucional que à época vigorava (ADI 2.158 e ADI 2.189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

6.7.1.2.14 Divergência entre a ementa, da Lei e o seu conteúdo

O STF entendeu não caracterizar situação de controle de constitucionalidade, na medida em que a simples divergência entre a ementa, da Lei e o seu conteúdo não seria

suficiente para configurar afronta à Constituição (STF, Plenário, ADI 1.096-4, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1, de 1995).

6.7.1.2.15 Respostas emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral

Julgou o STF não configurarem objeto de ADI as respostas emitidas pelo TSE às consultas que lhe forem endereçadas, na medida em que referidos atos não possuem "eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário" (STF, ADI 1.805-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Inf. 104/STF), tratando-se de ato de caráter administrativo.

6.7.1.2.16 Leis orçamentárias?

De modo geral, o STF entendia que as leis orçamentárias, ou a Lei de diretrizes orçamentárias, não poderiam ser objeto de controle, já que se tratava de leis com efeito concreto, ato administrativo em sentido material, vale dizer, leis com objeto determinado e destinatário certo (cf. Inf. 99, ADI(QO) 1.640; Inf. 175/STF, ADI 2.100).

Em uma jurisprudência inicial, o STF decidiu que, se demonstrado "um certo grau de abstração e generalidade", da Lei, seria admitido o controle em abstrato mediante a ADI. Como exemplo citamos os Informativos STF nº 255 e 333 (ADI 2.925), este último no qual se discutia a abstração da norma que tratava da "suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis".

Evoluindo a jurisprudência (cf. itens 6.7.1.2.5 e 6.7.1.2.10), o STF passou a admitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Confira: "Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. [...] Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência, da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008" (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2008, DJE de 2008). No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, cf. Inf. 527/STF.

Isso porque a Lei orçamentária é um ato de efeito concreto na aparência, já que, como decidido, para que seja executada, dependerá da edição de muitos outros atos, estes, sim, de efeito concreto.

Observamos que a abertura de crédito extraordinário pode, segundo o STF, ser comparada à Lei orçamentária e, assim, mesmo que por MP, vir a ser o ato questionado por

ADI (cf. ADI 4.048 e 4.049, Infs. 502, 506 e 527/STF e discussão da matéria no item 9.14.4.7).

Conforme alertado, considerando que a decisão foi tomada em medida cautelar, resta aguardar a evolução da jurisprudência do STF. Relembre-se que o PGR, em seu parecer encaminhado à ADI 4.047, entendeu que o STF não pode analisar ato de efeito concreto, pedindo, tendo em conta que a votação foi bastante apertada (ADIs 4.048 e 4.049, vide também Inf. 527/STF), uma revisão da matéria, retomando o entendimento anterior que não admitia ADI tendo por objeto ato de efeito concreto (cf. Notícias STF, 2009) (matéria pendente de julgamento pelo STF).

Cumpre repetir aqui que, em dois julgamentos já realizados (ADI 4.048 e ADI 4.049), entendeu-se pela prejudicialidade das ações por perda superveniente do objeto. Isso porque, nos termos do art. 167, § 2º, da CF/1988, os créditos extraordinários abertos ou já tinham sido utilizados ou perderam a sua vigência. Assim, podemos afirmar essa tendência de mudança da orientação da Corte de acordo com os julgamentos proferidos nas cautelares.

6.7.1.2.17 Resoluções do CNJ e do CNMP

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (art. 103-B, § 4º), bem como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (art. 103-A, § 2º), introduzidos pela Reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/2004), no exercício de suas atribuições constitucionais e regimentais, podem elaborar resoluções.

Algumas dessas resoluções, segundo o STF, são dotadas da qualidade da generalidade, impessoalidade e abstração (cf., por exemplo, ambas do CNJ, a Res. nº 7/2005 – que proíbe o nepotismo – e a Res. nº 175/2013 – que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo).

Nessas situações, o STF vem reconhecendo a natureza jurídica de ato normativo primário dessas resoluções, que inovam a ordem jurídica a partir de parâmetros constitucionais e, assim, permitem o controle concentrado por meio de ADI genérica.[128]

Veda-se, portanto, de acordo com a jurisprudência da Corte, a impetração de mandado de segurança para o questionamento desses atos normativos primários, com fundamento na S. 266/STF, por se tratar de "lei" em tese.

[128] Em relação à Res. nº 7/2005-CNJ, cf. ADC 12 MC, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2006, Plenário, DJ de 2006. Por sua vez, em relação à Res. nº 175/2013, cf. MS 32.077, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2013.

6.7.1.2.18 Ato administrativo normativo genérico (ADI 3.202 – agravo regimental em processo administrativo)

O tema discutido nos autos da ADI 3.202 (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2014, Plenário, DJE de 2014) é bastante interessante. Diversos servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte conseguiram, quer administrativa quer judicialmente, determinada gratificação por trabalho científico, técnico ou administrativo que exija conhecimento especial.

Partindo desses precedentes paradigmáticos, com base no princípio da isonomia, dois servidores fizeram pedido administrativo perante o Tribunal de Justiça objetivando a mesma gratificação, já que estavam em situação idêntica àquela das pessoas que tiveram o seu reconhecimento.

Inicialmente, o pedido foi indeferido. Interposto agravo regimental no Processo Administrativo nº 102.138/2003, o pleno do TJRN deu provimento para conferir aos agravantes (dois servidores) a gratificação e, extrapolando o pedido, também com base no princípio da isonomia, "determinou a extensão desse benefício aos servidores que se encontravam em níveis correspondentes àqueles que obtiveram idêntica vantagem".

Então foi posta a questão preliminar: a decisão proferida no agravo regimental no referido processo administrativo que estendeu os efeitos para todos os servidores em situação idêntica pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ADI genérica? Estamos diante de ato administrativo normativo genérico?

A Corte, por 9 x 1, entendeu que sim e, portanto, a extensão poderia ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade por meio da ADI genérica, já que, como bem colocou o Min. Celso de Mello, trata-se de "ato impregnado de suficiente densidade normativa, considerados os aspectos de generalidade abstrata e de impessoalidade que o tipificam".

6.7.1.3 Elementos essenciais do controle de constitucionalidade: a) Elemento conceitual (o conceito de "bloco de constitucionalidade"); b) Elemento temporal

O tema proposto foi muito bem explorado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 595-ES (Inf. 258/STF) e de indispensável leitura pelo candidato vitorioso.

No referido julgamento fixa-se, com precisão, a ideia de dois elementos essenciais para se falar em controle de constitucionalidade.

O primeiro, para o ilustre Ministro, denominado elemento conceitual, "... consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência". O outro, "o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito".

O elemento temporal já foi analisado tanto no tocante à revogação de Lei (cuja constitucionalidade está sendo questionada, qual seja, o objeto da ação), como na hipótese de alteração do parâmetro constitucional invocado (em relação ao qual se afere a compatibilidade vertical) (cf. itens 6.7.1.2.12 e 6.7.1.2.13).

Em relação ao elemento conceitual, a ideia é identificar o que deve ser entendido como parâmetro de constitucionalidade. Trata-se de nítido processo de aferição da compatibilidade vertical das normas inferiores em relação ao que foi considerado como "modelo constitucional" (vínculo de ordem jurídica, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição – paradigma de confronto).

Nesse sentido, duas posições podem ser encontradas. Uma ampliativa (englobando não somente as normas formalmente constitucionais como, também, os princípios não escritos da "ordem constitucional global" e, inclusive, valores suprapositivos) e outra restritiva (o parâmetro seriam somente as normas e princípios expressos da Constituição escrita e positivada).

Quanto à perspectiva ampliativa, o Ministro Celso de Mello (Inf. 258/STF) vislumbra possam ser "... considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado".

E completa: "não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 e 77/19657)".

Diante de todo o exposto, busca-se fixar, com clareza para o direito brasileiro, o conceito de bloco de constitucionalidade, qual seja, o que deverá servir de parâmetro para que se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade.[129]

A tendência ampliativa parece-nos tímida na jurisprudência brasileira, que adotou, do ponto de vista jurídico, a ideia de supremacia formal, apoiada no conceito de rigidez constitucional e na consequente obediência aos princípios e preceitos decorrentes da Constituição.

Nesse sentido, Bernardes observa que "... no direito brasileiro prevalece a restrição do parâmetro direto de controle – que aqui poderia ser chamado de bloco de constitucionalidade em sentido estrito – às normas contidas, ainda que não expressamente, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais)".[130]

Com o advento, da EC nº 45/2004 pode-se asseverar ter havido ampliação do "bloco de constitucionalidade" na medida em que se passa a ter um novo parâmetro (norma formal e materialmente constitucional) – os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais,[131] nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/1988.

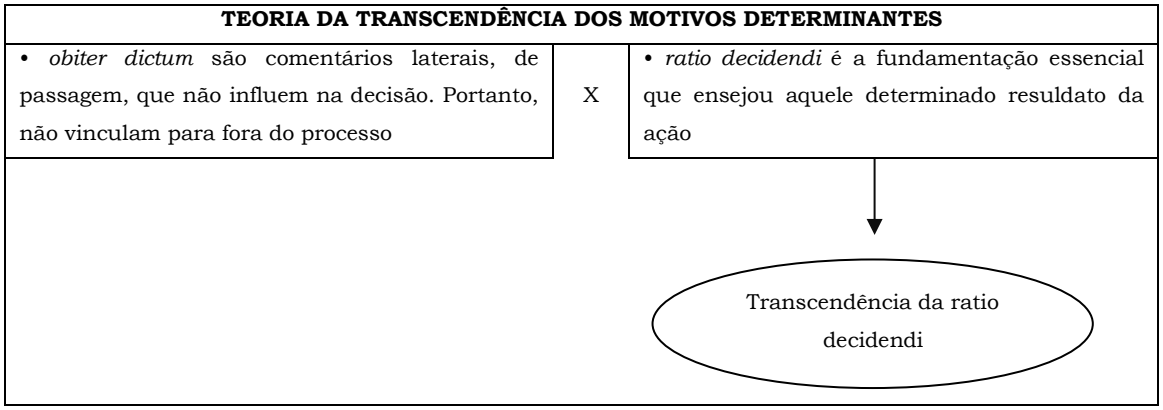
Outro exemplo interessante é a EC nº 91/2016, que, sem introduzir qualquer artigo, seja no corpo ou mesmo no ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação, sem prejuízo do mandato (cf. item 18.5).

6.7.1.4 Teoria da transcendência dos motivos determinantes (efeitos irradiantes ou transbordantes?) ("ratio decidendi" – "holding" versus "*obiter dictum*" – "dictum")

[129] Em relação à expressão "bloco de constitucionalidade", cf. FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco: *El bloque de la constitucionalidad* e s. No direito brasileiro, indispensável a leitura do trabalho de BERNARDES, Juliano Taveira: *Controle abstrato de constitucionalidade*.

[130] BERNARDES, Juliano Taveira: *Controle abstrato de constitucionalidade*. No voto proferido na ADI 595-ES (Inf. 258/STF), o Ministro Celso de Mello, muito embora indique a tendência reducionista, não nos parece ter fechado as portas para a perspectiva ampliativa de "bloco de constitucionalidade" ("ordem constitucional global"). Esse tema parece ser muito interessante para a fase escrita ou oral.

[131] Sobre essa nova sistemática, cf. item 9.14.5.2.2 Em relação à ampliação da noção de "bloco de constitucionalidade" com a Reforma do Judiciário, cf. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.



O STF vinha atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos fundamentos determinantes da decisão.

Falava-se, então, em transcendência dos motivos determinantes, ou efeitos irradiantes ou transbordantes dos motivos determinantes.

Há de se observar, inicialmente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Obiter dictum ("coisa dita de passagem") ou simplesmente *dictum* são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a "teoria do transbordamento", não se falaria em irradiação de *obiter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi*, sendo holding a denominação mais usual na experiência norte-americana,[132] é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a "teoria dos efeitos irradiantes", a "razão da decisão" passaria a vincular outros julgamentos.

Como exemplo, no julgamento da ADI 3.345/DF, que declarou constitucional a Resolução do TSE que reduziu o número de vereadores de todo o país, o STF entendeu que a Suprema Corte conferiu "... efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento pleno do RE 197.917".

Sobre a transcendência dos motivos determinantes, cf. Rcl 2.986 MC/SE (Inf. 379/STF) e Rcl 2.475 (Inf. 335/STF), com os comentários já feitos em relação ao controle difuso (cf. item 6.6.5).

CUIDADO: no julgamento da Rcl 10.604 (2010), o STF afastou a técnica do transbordamento dos motivos determinantes.

Em referido julgado, há referência à questão de ordem na Rcl 4.219, na qual se sinalizava a manifestação de 6 Ministros contra a teoria da transcendência (para conhecimento, informamos que, em razão da morte do reclamante, o STF, nos termos do art. 21, IX, do Regimento Interno, julgou prejudicado o pedido na referida reclamação).

---

[132] Cf. BURNHAM, William: *Introduction to the law and the legal system of the united states.* Aliás, para os que se interessarem por algum conhecimento do sistema norte-americano, vale a pena a leitura do referido trabalho que tem sido utilizado por muitos alunos estrangeiros que cursam o programa de LL.M (Master of Laws) nos EUA.

Nas palavras do relator, Min. Ayres Britto, "... no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da "transcendência dos motivos determinantes", oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o pleno deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria)" (Min. Ayres Britto, j. 2010). (Cf., ainda, nesse mesmo sentido, Rcl 11.477 AgR, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2012; Rcl 8.168, j. 2015, Plenário, DJE de 2016).

Trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva, no sentido de se evitar o número crescente de reclamações. Com o máximo respeito, não parece razoável desprezar a teoria da transcendência no controle concentrado, já que a tese jurídica terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação (lembrando que somos contra a teoria da transcendência no controle difuso, apesar de ter sinalizado o STF que essa passa a ser uma nova realidade no controle difuso – cf. item 6.6.5.5).

Inegavelmente, contudo, temos de reconhecer que a perspectiva de transcendência dos motivos determinantes deve ser revista à luz, do CPC, destacando-se os art. 927 e art. 988.[133] Já expusemos a nossa crítica à vinculação ampliada pela Lei processual, lembrando que a Constituição se limita a estabelecer o efeito vinculante nas ações de controle concentrado e em razão de edição de súmula vinculante.

Nesse sentido, como afirmam Barroso e Mello, "se o CPC acolheu tal concepção de tese jurídica vinculante, inclusive em sede de controle concentrado da constitucionalidade, isso significa que, com a sua vigência, o entendimento do STF que rejeitava a eficácia transcendente da fundamentação precisará ser revisitado. É que a eficácia transcendente significa justamente atribuir efeitos vinculantes à ratio decidendi das decisões proferidas em

[133] O CPC em várias passagens põe em evidência a ideia de tese jurídica, destacando-se os seguintes artigos: art. 12, § 2º, II, art. 311, II, art. 489, § 1º, V e VI, art. 927, § 2º e § 4º, art. 947, § 3º, art. 955, parágrafo único, II, art. 976, § 4º, art. 978, parágrafo único, art. 979, § 2º, art. 984, § 2º, art. 985, caput e § 1º, art. 986, art. 987, § 2º, art. 988, § 4º, art. 1.022, parágrafo único, I, art. 1.035, § 11, art. 1.038, § 3º, art. 1.039, art. 1.040, II e IV, art. 1.043, § 1º.

ação direta. Mesmo que este entendimento não fosse acolhido pelo STF no passado, o fato é que, ao que tudo indica, o novo Código o adotou".[134]

6.7.1.5 Teoria da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", ou "inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados", ou inconstitucionalidade consequencial, ou inconstitucionalidade consequente ou derivada, ou "inconstitucionalidade por reverberação normativa"

Esse importante tema aparece intimamente ligado aos limites objetivos da coisa julgada e à produção dos efeitos *erga omnes*.[135]

Pela referida teoria da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", ou "inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados", ou "inconstitucionalidade por reverberação normativa", se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe – também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade "consequente", ou por "arrastamento" ou "atração".

Poder-se-ia pensar, neste ponto, que a consequência prática da coisa julgada material, que se projeta para fora do processo, impediria não só que a mesma pretensão fosse julgada novamente, como também, sob essa interessante perspectiva, que a norma consequente e dependente ficasse vinculada tanto ao dispositivo da sentença (principal) quanto à ratio decidendi, invocando, aqui, a "teoria dos motivos determinantes".

Esses dois temas no âmbito do controle de constitucionalidade vislumbram uma perspectiva *erga omnes* para os limites objetivos da coisa julgada, em importante avanço em relação à teoria clássica.[136]

Naturalmente, essa técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pode ser aplicada tanto em processos distintos como em um mesmo processo, situação que vem sendo verificada com mais frequência na jurisprudência do STF.

---

[134] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos: *Trabalhando com uma nova lógica*.

[135] LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

[136] Sobre o assunto, cf. ADI 2.729/RN, Rel. Min. Eros Grau, j. 2005; ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2005; RTJ 189/469-470, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.728/AM, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.982-QO/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 4.425, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 2013, Plenário, DJE de 2013; ADI 1.358, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2015, Plenário, DJE de 2015.

Ou seja, já na própria decisão, a Corte define quais normas são atingidas, e no dispositivo, por "arrastamento", também reconhece a invalidade das normas que estão "contaminadas", mesmo na hipótese de não haver pedido expresso na petição inicial.

Essa "contaminação", ou, mais tecnicamente, perda de validade, pode ser reconhecida, também, em relação a Decreto que se fundava em Lei declarada inconstitucional. Então, o STF vem falando em inconstitucionalidade por arrastamento do Decreto que se fundava na Lei (cf., por exemplo, ADI 2.995/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2006).[137] Interessante observar que o Decreto regulamentar, por si, conforme visto, não pode ser isoladamente objeto de ADI, na medida em que deve ser confrontado com a Lei (que regulamenta), e não diretamente perante a Constituição. A crise é de legalidade, e apenas de modo indireto, reflexo ou oblíquo é que poderia haver violação da Constituição. Pela técnica do arrastamento, contudo, a declaração de sua invalidade dar-se-á no julgamento da própria ADI.

Partindo desse precedente, observa-se que a reverberação, sem dúvida, poderá ser reconhecida entre normas interconectadas por uma relação hierárquica, observando-se, assim, um arrastamento no plano vertical. Dessa forma, para se ter outro exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma de determinada Constituição Estadual implicaria o reconhecimento da perda de validade das normas hierarquicamente inferiores e que se fundavam naquele dispositivo.

Em outro julgado, declarada a inconstitucionalidade de um dispositivo, os outros que estavam na mesma Lei e que tinham relação com aquele nulificado, por perderem a sua razão de ser, foram também declarados inconstitucionais, de acordo com aquilo que o Min. Ayres Britto denominou inconstitucionalidade por reverberação normativa (cf. voto do Min. Ayres Britto proferido na ADI 1.923 – Inf. 622/STF – e na ADI 4.357 – Inf. 643/STF).

Essa ideia de conexão e consequente "contaminação" também foi observada em ADPF. O STF declarou não recepcionado o art. 23, § 4º, da Lei nº 1.079/1950 (impeachment), por ter a Corte reconhecido como não recepcionados os § 1º e § 5º do referido artigo, expressamente impugnados e que guardavam relação "consequencial" (a definição do papel da Câmara dos Deputados no processo de impeachment do Presidente da República – § 1º e § 5º – tornou sem sentido o § 4º, revogado por arrastamento, apesar de não ter havido pedido expresso) (cf. ADPF 378 MC, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 2015, Plenário, DJE de 2016, item IV.9 da ementa, e proposta apresentada pelo Min. Celso de Mello).

---

[137] "Por entender caracterizada a ofensa ao art. 22, XX, da CF/1988, que confere à União a competência privativa para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade, da Lei 12.343/2003 e, por arrastamento, do Decreto 24.446/2002, ambos do Estado de Pernambuco, que dispõem sobre o serviço de loterias no âmbito da referida unidade federativa" (Inf. 452/STF).

O instituto do "arrastamento" é, sem dúvida, exceção à regra de que o juiz deve ater-se aos limites da lide fixados na exordial, especialmente em virtude da correlação, conexão ou interdependência dos dispositivos legais e do caráter político do controle de constitucionalidade realizado pelo STF.[138] Estamos diante de inegável revisitação da regra da congruência (ou correlação) entre o pedido e a sentença (art. 128 e art. 460, do CPC/1973 – art. 141 e art. 492, CPC), decorrente do princípio dispositivo e que deve ser analisada sob esse novo e particular aspecto do processo objetivo.

Por força do art. 10, CPC, como o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição e, portanto, no STF, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, entendemos que deverá ser aberto prazo para que as partes se pronunciem sobre a perspectiva de nulificação de norma em razão da técnica do "arrastamento" (como o Código não distingue entre processo subjetivo e objetivo, o tema terá de ser enfrentado pelo pleno do STF – pendente).

6.7.1.6 Lei "ainda constitucional", ou "inconstitucionalidade progressiva", ou "declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade"

6.7.1.6.1 A instituição da Defensoria Pública pela CF/1988 e a sua potencialização pela EC nº 80/2014

O art. 5º, LXXIV, da CF/1988 dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituída pela CF/1988, amplificada pela EC nº 80/2014 (art. 134, caput) e organizada em carreira própria nos seguintes termos: instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

---

[138] Nesse sentido, observa Canotilho que, em relação ao controle de constitucionalidade em abstrato, "(...) podem existir "inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento" justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados (...)" (CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*). Cf., ainda, MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.* e CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* – "a inconstitucionalidade antecedente ou imediata decorre da violação, direta e imediata, de uma norma constitucional por uma Lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade consequente ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata" (grifamos).

Pelo fato de ter sido instituída pela Constituição de 1988, a Defensoria Pública tem de ser efetivamente instalada, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual ou distrital, o que leva certo tempo.

Esse comando que se extrai desde a sua previsão no texto de 1988 é fortalecido pela EC nº 80/2014. Ao acrescentar o art. 98 ao ADCT e prescrever que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população, fixa-se o prazo de 8 anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal passem a contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

Durante o decurso desse prazo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

O que fazer, então, durante esse período de transição, necessário para a efetiva instalação da Defensoria Pública?

Para analisar o tema, trouxemos duas questões práticas já enfrentadas pelo STF: a) a previsão de prazo em dobro para a Defensoria Pública no processo penal; b) a ação civil ex delicto ajuizada pelo MP depois do advento, da CF/1988.

6.7.1.6.1.1 A questão do "prazo em dobro" para a Defensoria Pública no processo penal – rejeição de inconstitucionalidade "rebus sic stantibus"

Nos termos dos art. 44, I, art. 89, I, e art. 128, I, da LC nº 80/1994, é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.[139]

Em relação ao processo civil, a regra não sofreu nenhuma repreensão por parte do STF, até porque há equivalente para o MP (e a Fazenda Pública), conforme o art. 188, do CPC/1973 (cf. art. 180, art. 183 e art. 186, CPC).

No tocante ao processo penal, contudo, na medida em que o MP não goza dessa prerrogativa de prazo em dobro, questionou-se se, de fato, a regra poderia ser estabelecida para a Defensoria Pública quando atua como defensora em acusação formulada pelo MP, especialmente em relação ao princípio da isonomia e ao do devido processo legal.

O STF, ao analisar o tema do prazo em dobro para o processo penal, entendeu que referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale.

---

[139] Em relação ao rito específico dos Juizados, confira regras apresentadas no item 12.5.10.3.

Assim, o prazo em dobro para o processo penal só valerá enquanto a Defensoria Pública ainda não estiver eficazmente organizada. Quando isso se verificar, a regra tornar-se-á inconstitucional. Trata-se, portanto, de norma em trânsito para a inconstitucionalidade.

Nesse sentido, confira o precedente HC 70.514, j. 1994: "EMENTA: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (art. 1º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950, acrescentado pela Lei nº 7.871/1989). Constitucionalidade. "*Habeas corpus*". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950, acrescentado pela Lei nº 7.871/1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública..." (grifamos).

Interessante, também, o voto do Ministro Moreira Alves, que pedimos vênia para transcrever: "a única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a Lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar" (grifamos).

6.7.1.6.1.2 Ação civil "ex delicto" ajuizada pelo MP – art. 68 do CPP (lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção)

O art. 68 do CPP estabelece: "quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, § 1º e § 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público".

Retorna-se então à dúvida: o art. 68 do CPP previu a ação civil *ex delicto*, que deve ser ajuizada pelo MP. Essa atribuição, no entanto, a partir de 1988, passou a ser da Defensoria Pública, seja em razão de sua previsão constitucional (art. 134), seja em razão da regra contida no art. 129, IX, que autoriza o MP a exercer outras funções que lhe forem conferidas,

desde que compatíveis com a sua finalidade, vedando, assim, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Então, pelo exposto, o art. 68 do CPP teria sido revogado, por não recepção, pelo texto de 1988.

A Defensoria Pública, por sua vez, não se instalou efetivamente logo após a promulgação, da CF/1988. Para se ter um argumento, só a partir da Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) a Defensoria Pública Estadual passou a ter autonomia funcional e administrativa, e a autonomia da Defensoria Pública do DF veio a ser reconhecida apenas na EC nº 69/2012, já que antes organizada e mantida pela União. Ainda, foi somente com a EC nº 74/2013 que a Defensoria Pública da União, por sua vez, passou a ter autonomia (art. 134, § 3º, da CF/1988), e, finalmente, com a EC nº 80/2014, houve sensível potencialização da instituição, fixando-se prazo para sua efetiva instalação nos termos do art. 98, do ADCT (cf. item 12.5).

Portanto, vem o STF entendendo, de maneira acertada, que o art. 68 do CPP é uma Lei ainda constitucional e que está em trânsito, progressivamente, para a "inconstitucionalidade", à medida que as Defensorias Públicas forem sendo, efetiva e eficazmente, instaladas.

Apenas deixamos o alerta de que a terminologia utilizada pela Suprema Corte não é a mais adequada, uma vez que, por se tratar de ato editado antes de 1988 (art. 68 do CPP), referido dispositivo seria revogado por não recepção. Trata-se, assim, em razão das circunstâncias, de reconhecida modulação do momento de revogação do ato normativo pré-constitucional, e por isso preferimos a denominação Lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção.

A técnica da "lei ainda constitucional", conforme noticiado, está consagrada no STF:[140] "Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade, da Lei, com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao

[140] Cf. RTJ 178/423, Rel. Min. Moreira Alves; RE 196.857-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 208.798/SP, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 229.810/SP, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 295.740/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Recomendamos a leitura do interessante voto do Ministro Celso de Mello, que bem resume a matéria: AI 339.696/SP, DJ de 2005.

Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e, da Lei Complementar por ela ordenada: até que na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o pleno no RE 135328" (RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., RTJ 175/309-310).

6.7.1.6.2 Procedimento de aprovação das medidas provisórias: apreciação pela comissão mista nos termos do art. 62, § 9º, da CF/1988. Art. 5º, "caput", e art. 6º, "caput", e § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN

Conforme já estudamos no item 6.6.5.4, a Res. nº 1/2002-CN, integrante do Regimento Comum, dispôs sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República, com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.

Os seus art. 5º, caput, e art. 6º, caput, e § 1º e § 2º, permitiam que o parecer da comissão mista fosse emitido por relator ou relator revisor designado.

Esse procedimento vinha sendo adotado na apreciação de várias medidas provisórias, até como um mecanismo de funcionalidade do procedimento.

Segundo o Min. Cezar Peluso, no julgamento da ADI 4.029 (2012), vencido nesse ponto, não se percebia qualquer "coisa anômala ou atípica" na fixação de prazo para atuação da comissão, até porque, "doutro modo, pensando-se que o Congresso não possa fazê-lo, temos o quê? Temos que essa comissão não se sentirá obrigada, em nenhum instante, a manifestar-se, e vai se escoar o prazo após o qual a medida provisória perde a eficácia. Noutras palavras, é método de operacionalidade do próprio Legislativo. Se o Legislativo não estabelece esse prazo, a comissão evidentemente não se sentirá de nenhum modo movida a exercer a competência que a Constituição lhe atribui" (fls. 69).

Esse, contudo, não foi o entendimento que prevaleceu diante da regra contida no art. 62, § 9º, da CF/1988, que deve ser interpretado restritivamente, pois, consoante observou o Min. Ayres Britto em seu voto, as medidas provisórias "investem o Presidente da República – vamos ficar no plano federal para facilitar o debate – num poder excepcional, numa competência excepcional de ser a fonte produtora de uma norma primária, inovadora, portanto, do ordenamento jurídico, logo abaixo da Constituição".

Referido dispositivo constitucional estabelece ser atribuição da comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, de caráter opinativo, acrescente-se, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo pleno de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Sendo assim, conforme anotou a Corte, o procedimento estabelecido na Res. nº 1/2002-CN, que permite a emissão de parecer por meio de relator nomeado, e não pela comissão mista, é inconstitucional.

Apesar de o mencionado parecer ser opinativo, isso não autoriza o Parlamento a violar a regra contida no art. 62, § 9º, da CF/1988. Se eventualmente não houver apreciação pela comissão mista, significa que a MP foi rejeitada por não apreciação, perdendo a sua eficácia desde a sua edição (art. 62, § 3º, da CF/1988).

Dessa forma, o STF declarou a inconstitucionalidade dos art. 5º, caput, e art. 6º, caput, e § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN.

O ponto interessante é que, durante todo esse tempo, ou seja, por mais de 10 anos, o Congresso Nacional adotou esse "costume" (inconstitucional) de não fazer cumprir a regra de atuação da comissão mista, contentando-se com a permissão de parecer por relator designado, antes da apreciação em sessão separada pelo pleno de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Em julgamento anterior, o Min. Gilmar Mendes, na linha do dito costume inconstitucional, havia flexibilizado a exigência do art. 62, § 9º, da CF/1988, nos seguintes termos: "[...] considerando que ainda estamos em uma fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32/2001 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3.289. No caso, resta evidenciado que por duas vezes foi convocada a reunião para instalação da Comissão, não se chegando, todavia, ao *quorum* necessário. Essa falha procedimental, considerado o atual estágio de implementação da Emenda 32/2001, assim como as circunstâncias do caso, em que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes, de instalação da comissão mista, no meu entendimento, ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido § 9º" (ADI 3.289 e ADI 3.290, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2005, Plenário, DJ de 2006).

Surgia, então, o impasse. Se o procedimento contido na Res. nº 1/2002-CN foi declarado inconstitucional, o que fazer em relação a todas as medidas provisórias que foram convertidas em Lei sem a emissão de parecer pela comissão mista, na forma do art. 62, § 9º, da CF/1988?

Em tese, seriam todas inconstitucionais. Para evitar essa situação de insegurança jurídica e diante do excepcional interesse social, a Corte determinou a aplicação do art. 27, da Lei nº 9.868/1999 (modulação dos efeitos da decisão), declarando a inconstitucionalidade

do procedimento fixado na Res. nº 1/2002-CN a partir da decisão proferida na ADI 4.029 – efeito *ex nunc* (j. 2012).

Assim, o modelo de apreciação da medida provisória fixado na resolução do Congresso Nacional foi declarado "ainda constitucional" até o julgamento da referida ADI 4.029 e, a partir de então, o STF declarou inconstitucional qualquer inobservância ao art. 62, § 9º, da CF/1988, ficando, por consequência, preservadas a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em Lei até aquela data, bem como daquelas que estavam tramitando no Legislativo nos termos do procedimento fixado nos art. 5º, caput, e art. 6º, caput e § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN, que permitiam a continuidade do iter procedimental de apreciação da medida provisória mesmo na hipótese de não haver parecer emitido pela comissão mista no prazo rígido de 14 dias contados da sua publicação.

6.7.1.7 "Inconstitucionalidade circunstancial"

O tema agora é diferente do analisado no item anterior.

Busca-se, diante de uma Lei formalmente constitucional, identificar que, circunstancialmente, a sua aplicação caracterizaria uma inconstitucionalidade, que poderíamos até chamar de axiológica.

Trata-se daquilo que foi denominado pela doutrina "inconstitucionalidade circunstancial" e, por que não, fazendo um paralelo não muito rígido com o tema anterior, de uma "lei ainda inconstitucional" em determinadas situações (enquanto persistirem certas circunstâncias).

Como bem afirma Barcellos, "trata-se da declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica... É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional. Lembre-se que, em função da complexidade dos efeitos que se pretendam produzir e/ou da multiplicidade de circunstâncias de fato sobre as quais incidem, também as regras podem justificar diferentes condutas que, por sua vez, vão dar conteúdo a normas diversas. Cada uma dessas normas opera em um ambiente fático próprio e poderá ser confrontada com um conjunto específico de outras incidências normativas, justificadas por enunciados diversos. Por isso, não é de estranhar que determinadas normas possam ser inconstitucionais em função desse seu contexto particular, a despeito da validade geral do enunciado do qual derivam".[141]

---

[141] BARCELLOS, Ana Paula de: *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.*

Como interessante exemplo, destacamos a ADI 223, na qual se discutia a constitucionalidade de normas que proibiam a concessão de tutela antecipada e liminares em face da Fazenda Pública.

Sem dúvida, diz Barcellos, a análise pelo Judiciário seria diferente para duas situações distintas: a) reenquadramento de servidor público; b) concessão de tutela antecipada para que o Estado custeasse cirurgia de vida ou morte.

Nesse segundo caso, sem dúvida, dada a circunstância, a Lei seria inconstitucional, especialmente diante do art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Outro exemplo interessante é a ADI 4.068, ajuizada pela OAB e que tem por objeto, em razão da criação da Super-Receita (Lei nº 11.457/2007), a regra contida no art. 16, § 1º, que determina que a partir de 1º de abril de 2008 toda a dívida ativa da União seja transferida para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Alega a OAB que, nas atuais circunstâncias, a PGFN não teria condições materiais e de recursos humanos para os mais de R$ 401 bilhões (dívida ativa inscrita em 2006), sendo que "a carga de trabalho criada é desumana".

Conforme noticiado, "sem que os 1.200 cargos criados na PGFN pela própria lei, em seu art. 18, sejam providos, a instituição não poderá atuar na representação judicial, afirma a ordem. A presente ADI, justifica a autora, "em essência, baseia-se nas sérias e jurídicas preocupações quanto à possibilidade administrativa de a PGFN assumir, de imediato, o grande acréscimo de trabalho a ser suportado a partir de abril do corrente ano, quando se dará a assunção de todo o passivo tributário resultante da criação da Super-Receita", conclui a OAB, pedindo ao Supremo que declare a inconstitucionalidade "circunstancial" do art. 16, § 1º, da Lei nº11.457/2007" (Notícias STF, 2008. O parecer da PGR é pela improcedência do pedido) (matéria pendente de julgamento pelo STF).

6.7.1.8 O efeito vinculante para o Legislativo e o inconcebível fenômeno da "fossilização da Constituição". Possibilidade de reversão legislativa da jurisprudência da Corte. A denominada "mutação constitucional pela via legislativa"

Como veremos e já comentamos em outro estudo,[142] o efeito vinculante em ADI e ADC, na linha de interpretação dada pelo STF, não atinge o Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (exceto, entendemos, no exercício por esses órgãos de

[142] Cf. LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

suas funções atípicas de caráter normativo, como, para se ter um exemplo, quando o Presidente da República edita medida provisória – ato normativo).

Ao analisar a possibilidade de vinculação também para o Legislativo (no caso de sua função típica), o Ministro Cezar Peluso indica, com precisão, que essa possível interpretação (diversa da literalidade constitucional) significaria o "inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição".

O Legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável petrificação da evolução social.

Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos *erga omnes* e vinculante, sacrificaria o valor justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo.

A mesma orientação poderá ser adotada, também, para o efeito vinculante da súmula, que, em realidade, possui idêntica significação prática em relação ao efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade.

Entendimento diverso, manifestou o Ministro Peluso, "... comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo" (Rcl 2.617, Inf. 386/STF).

O Min. Fux, ao reconhecer a possibilidade de reversão legislativa da jurisprudência da Corte,[143] estabeleceu providências distintas de acordo com o instrumento utilizado:

• manifestação do poder constituinte derivado: "a emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CF/1988 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais";

• manifestação do poder normativo infraconstitucional: "a legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se

[143] Sobre a separação de poderes e as "teorias da última palavra", assim como uma alternativa para esse dilema ("teorias do diálogo institucional"), cf. o estudo que fizemos no item 1.6.

submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas" (ADI 5.105, j. 2015, DJE de 2016).

6.7.1.9 Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães – ADI 2.240/BA – análise do voto do Min. Eros Grau. Contraponto: Voto do Min. Gilmar Mendes – Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Efeito prospectivo. Possibilidade inédita do fenômeno da constitucionalidade superveniente. Dogma da nulidade, da Lei e garantia da segurança jurídica

No julgamento da ADI 2.240, ajuizada pelo PT contra a Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, o STF analisou o processo de criação do Município de Luís Eduardo Magalhães tendo em vista o desmembramento de área do Município de Barreiras.

Dentre os principais argumentos da inconstitucionalidade, da Lei destacava-se a violação ao art. 18, § 4º,[144] da CF/1988, na medida em que:

• o novo Município foi criado em ano de eleições municipais;

• não existia Lei Complementar federal fixando período para a criação de Municípios;

• a nova Lei Estadual violou o regime democrático, na medida em que a consulta prévia plebiscitária não foi realizada com a totalidade da população envolvida no processo de emancipação, mas somente em relação à população do Município que se formou;

• os estudos de viabilidade municipal foram publicados em momento posterior ao plebiscito.

Resumindo, a criação do novo Município violou, frontalmente, a regra do art. 18, § 4º, fato esse, inclusive, reconhecido pelo relator, Ministro Eros Grau, que, contudo, tendo em vista a excepcionalidade do caso, julgou improcedente o pedido, tendo por fundamento os, por ele ditos, "princípios", que podem ser assim enumerados:[145]

• Município putativo – à semelhança do que acontece com o casamento putativo e a sociedade de fato;

---

[144] Art. 18, § 4º: "A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por Lei Estadual, dentro do período determinado por Lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma, da Lei" (redação dada pela EC nº 15/1996). Cf., ainda, EC nº 57/2008.

[145] Esquematização elaborada com base no voto do Ministro Eros Grau. Criticando a exacerbação dos (pseudo)princípios, por todos, cf. item 3.7.4 e STRECK, Lenio Luiz: *Aplicar a "Letra da lei" é uma atitude positivista?*

• princípio da "reserva do impossível" – "a diferença entre o casamento putativo e o "Município putativo" está em que, embora possível a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de "reserva do impossível", no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo";

• princípio da continuidade do Estado – que encontra fundamento no art. 1º, da CF/1988 e não se confunde com o princípio da continuidade do serviço público;

• princípio federativo – justifica a não anulação da decisão política de caráter institucional;

• princípio da segurança jurídica – que assegura a preservação da realidade de fato, qual seja, a existência de Município criado há mais de 6 anos;

• princípio da confiança (Karl Larenz) – tendo como componente a ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé;

• princípio da força normativa dos fatos (Georg Jellinek) – o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia municipal a partir de uma decisão política;

• princípio da situação excepcional consolidada – "não prevista pelo direito, porém instalada pela força normativa dos fatos" e "justificada" pela inércia do Poder Legislativo que até então não editara a Lei Complementar federal fixando prazo para criação de novos Municípios, como determinou a EC nº 15/1996, que deu nova redação ao art. 18, § 4º, da CF/1988. Assim, "a não edição, da Lei Complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional".

A partir da 11. ed. deste estudo, já havíamos manifestado a nossa discordância em relação ao entendimento proposto pelo Min. Eros Grau, uma vez que não parecia razoável o resultado da construção (declaração de constitucionalidade, da Lei), o que poderia abrir precedentes para novas violações ao art. 18, § 4º.

Em certa medida, tendo em vista o postulado da razoabilidade, a inexistência, até hoje (desde a EC nº 15/1996), de Lei Complementar federal fixando prazo e procedimento para a criação de novos Municípios até poderia ser superada. Contudo, não achávamos nada razoável a violação dos outros pressupostos constitucionais, como a necessidade de estudo de viabilidade prévio e de consulta plebiscitária a toda a população diretamente interessada (a da área a ser desmembrada e a da área que se desmembra). Assim, a criação de novos Municípios sem o cumprimento desses requisitos ensejaria a configuração de inevitável vício formal de inconstitucionalidade por violação a pressupostos objetivos do ato.

Havíamos alertado que a jurisprudência pacífica do STF consolidou-se no sentido da total observância dos pressupostos e condições de procedibilidade do art. 18, § 4º.[146]

Nessa linha, nos termos do voto-vista do Min. Gilmar Mendes, o pleno do STF declarou inconstitucional a Lei baiana nº 7.619/2000, mas não pronunciou a nulidade do ato, mantendo sua vigência por mais 24 meses. O Min. Eros Grau, por sua vez, revendo o seu voto inicial, acompanhou o voto do Min. Gilmar Mendes também no sentido de declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade, pelo prazo de 24 meses.

Utilizando a técnica alternativa de ponderação entre o princípio da nulidade, da Lei, de um lado, e o princípio da segurança jurídica, de outro, entendeu o STF que a Lei é inconstitucional, mas, aplicando o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, e tendo em conta razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, apesar de inconstitucional por violar o art. 18, § 4º, deverá continuar vigorando por 24 meses.

Consagra-se, dessa forma, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, já que, dependendo do caso concreto, como disse o Min. Gilmar Mendes, a "... nulidade, da Lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social".

Observa Gilmar Mendes que o princípio da nulidade continua a ser a regra. "O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio".

E, no Brasil, há uma particularidade de aspecto procedimental, qual seja, o *quorum* qualificado de 2/3 dos votos dos Ministros para reconhecer a modulação de efeitos com a possibilidade de estabelecer efeitos prospectivos, ou pro futuro, ou a partir do momento que o STF entender razoável.

Nesse caso concreto, o prazo de 24 meses foi o que o STF entendeu ser possível para corrigir a situação, até porque, no julgamento da ADO 3.682, os Ministros reconheceram razoável o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional elaborar a Lei Complementar federal e, assim, dar cumprimento ao dispositivo fixado no art. 18, § 4º, pela EC nº 15/1996 (nova

[146] Quanto à necessidade de Lei complementar federal fixando o período para a criação de novos Municípios, cf. ADI 2.381-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2001, DJ de 2001; ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2004, DJ de 2004; ADI 3.013, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2004, DJ de 2004. Sobre a indispensabilidade do plebiscito às populações diretamente interessadas, cf. ADI 2.812, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2003; ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2003, e ADI 2.632-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2003.

regra que o STF, inclusive, já declarou constitucional e como "freio" para o crescimento exagerado do número de Municípios).[147]

Trata-se de reconhecimento da omissão com apelo ao legislador, para que elabore a Lei dentro de 18 meses. Elaborada a Lei Complementar federal, os Municípios terão o prazo de mais 6 meses (já que se fixou em 24 meses o prazo de vigência das leis estaduais) para corrigir os vícios.

Parece-nos, aqui, que o STF, diferentemente do entendimento que ainda adota como regra,[148] admitiu, para esse caso concreto, uma inédita e inegável possibilidade do fenômeno da constitucionalidade superveniente, permitindo que uma Lei que "nasceu" viciada (vício formal por violação a pressupostos objetivos-do ato) seja corrigida mediante um procedimento futuro de adequação ao art. 18, § 4º.

E se não for elaborada referida LC federal pelo CN?

Conforme será discutido no item 6.7.4.9 (julgamento da ADO 3.682), o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional elabore a LC federal nos termos do art. 18, § 4º, foi fixado no dispositivo da decisão, tendo, assim, na linha de proposta da doutrina alemã, caráter mandamental (cf. a íntegra do acórdão – de indispensável leitura).

Nossa impressão é a de que teria sido imposta ao Congresso Nacional a obrigatoriedade de elaborar a lei, e, assim, se descumprida, tendo a decisão caráter mandamental, parece que o STF poderia determinar a elaboração ou, quem sabe, inclusive, por analogia, dentro da ideia de travamento de pauta, ou algum instrumento que derive do art. 64 e seus parágrafos, determinar medida coercitiva para o cumprimento, ou, ainda, na tendência de controle de omissões, manifestada pelo STF no julgamento do MI 712 (cf. item 14.11.5.7), quem sabe até mesmo suprir a omissão.

Cabe alertar, todavia, que, restringindo nossa opinião, o Ministro Presidente do STF determinou, em 2008, por meio do Ofício nº 346/GP, fosse esclarecido ao Presidente da

---

[147] O STF, no julgamento da ADI 2.395, que discutia a constitucionalidade da redação conferida ao art. 18, § 4º, pela EC nº 15/1996, adotou "... a orientação fixada pela Corte no julgamento da ADI 2.381/RS (DJU, 2001), em que se declarou a constitucionalidade, da EC 15/1996, afastando-se a alegada ofensa ao princípio federativo (art. 60, § 4º, I, CF/1988). Asseverou-se que a EC 15/1996 foi elaborada com o escopo de acabar com a crescente proliferação de municípios verificada no período pós-88, com base na redação originária do art. 18, § 4º, da CF/1988, que criava condições propícias para que os Estados desencadeassem o processo de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios por leis próprias, respeitados parâmetros mínimos definidos em Lei complementar, também estadual. Vencido o Min. Marco Aurélio que, por vislumbrar ofensa ao art. 60, § 4º, I, da CF/1988, julgava procedente o pedido" (ADI 2.395/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2007, Inf. 466/STF).

[148] "O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a Lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. (...). A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à EC nº 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada" (RE 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2005, DJ de 2006).

Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão: "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a Lei Complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios".

E se, elaborada a LC federal, os Municípios não se adequarem ao novo procedimento?

Como disse a Ministra Ellen Gracie, o STF deu sobrevida à legislação atacada e fixou o prazo (para essa sobrevida) de 24 meses. Nesse sentido, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, "até 24 meses porque, aí, ou ele estará criado por novos atos ou estará desconstituído", ficando, assim, na interpretação do Min. Marco Aurélio, o Município submetido a uma condição resolutiva. Dessa forma, pelo exposto nas discussões da ADI 2.240, o Município deixaria de existir, voltando ao *status quo* ante.

A Lei Complementar não foi elaborada, e, na prática, a EC nº 57/2008, de maneira inconstitucional, convalidou os vícios indicados, tema que será discutido nos itens 6.7.4.9 e 7.6.1.

6.7.1.10 Proibição do "atalhamento constitucional" e do "desvio de poder constituinte" (utilização de meio aparentemente legal buscando atingir finalidade ilícita)

Conforme veremos no capítulo 18 deste trabalho (item 18.4), a EC nº 52/2006 buscou acabar, de vez, com a regra consagrada pelo TSE (Res. nº 21.002/2002) da obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias em razão do caráter nacional dos partidos políticos.

Ao modificar o art. 17, § 1º, da CF/1988, a EC nº 52/2006 estabeleceu ser assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos prever normas de disciplina e fidelidade partidária.

O art. 2º, da EC nº 52/2006, por sua vez, determinou a aplicação do novo preceito (que acabava com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias) às eleições que ocorreram no ano de 2002. Sem dúvida o objetivo dessa remissão era fazer com que a regra, supostamente direcionada para as eleições de 2002, pudesse já ser aplicada às eleições de 2006, na medida em que, aparentemente, intacta estaria a disposição contida no art. 16, da CF/1988.

Como se sabe (e estudaremos no capítulo 18), o art. 16, da CF/1988 consagra a regra da anualidade eleitoral ao dispor que a Lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência.

O objetivo do art. 16 é assegurar a estabilidade e a segurança jurídica do processo eleitoral, evitando que as regras mudem no "meio do jogo". Ou seja, a regra pode mudar, contudo só valerá a partir de um ano de sua vigência.

Pode-se afirmar, com o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto,[149] que a manobra empreendida pelo constituinte reformador (art. 2º, da EC nº 52/2006) "... incorre no vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de détournement de pouvoir, isto é, de "desvio de poder ou de finalidade", expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal".

E continua: "em outras palavras, repita-se, buscou-se, no caso, como se viu, atalhar o princípio (sic) da anualidade, dando efeito retroativo à emenda 52, promulgada em plena vigência do moralizador art. 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comparato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um "desvio de poder constituinte", que os autores alemães denominam Verfassunsbeseitigung, expressão que, traduzida literalmente, significa "atalhamento da Constituição"".

Consagra-se, portanto, a proibição de "atalhamento da Constituição", vale dizer, qualquer artifício que busque abrandar, suavizar, abreviar, dificultar ou impedir a ampla produção de efeitos dos preceitos constitucionais, como, no caso, da regra da anualidade eleitoral (art. 16).

6.7.1.11 Inconstitucionalidade "chapada", "enlouquecida", "desvairada"

A expressão "chapada" começou a ser utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence quando queria caracterizar uma inconstitucionalidade mais do que evidente, clara, flagrante, escancarada, não restando qualquer dúvida sobre o vício, seja formal, seja material.

Atualmente, vem sendo utilizada pelos Ministros, sempre no sentido inaugurado pelo Min. Pertence, destacando-se alguns julgados, como ADI 2.527, ADI 3.715, ADI 1.923-MC (cf. Inf. 474/STF), ADI 1.802-MC etc.

Inovando, o Min. Carlos Britto, no sentido de descrever uma inconstitucionalidade manifesta, chegou a caracterizá-la como "enlouquecida, desvairada" (ADI 3.232).

---

[149] ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2006, DJ de 2006.

6.7.1.12 Início da eficácia da decisão que reconhece a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de Lei em processo objetivo de controle abstrato

De modo geral, o STF entende que a decisão passa a valer a partir da publicação da ata de julgamento no DJE, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. ADI 711-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 1992, DJ de 1993 – critério adotado em julgamento de medida cautelar, mas que parece se adequar ao julgamento de mérito); Rcl 2.576 e Notícias STF, 2004; Rcl 3.309 e Inf. 395/STF; ADI 3.756-ED, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2007, DJ de 2007). Nesse sentido:

"EMENTA: 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2.335 – a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a Lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538, do CPC/1973), não impede a implementação da decisão.[150] Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide. 3. Reclamação procedente" (Rcl 2.576, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2004, DJ de 2004).

Dessa forma, para a jurisprudência do STF, não se pode confundir, em se tratando de ações objetivas de controle de constitucionalidade,[151] a publicação da ata de julgamento com a publicação do acórdão.

O efeito da decisão passa a valer, inclusive para eventual interposição de reclamação, a partir da publicação da ata de julgamento no DJE. Publicado o acórdão, em momento seguinte, inicia-se o prazo para a interposição de eventual recurso, no caso dos processos objetivos em análise, dos embargos declaratórios. Só então, julgados os embargos, é que

---

[150] O art. 1.026, do CPC, reafirmando que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso, inova e explicita ao afirmar que não possuem efeito suspensivo.

[151] Devemos deixar claro que o entendimento que vem sendo exposto neste item deve ser observado apenas em relação às ações objetivas do controle de constitucionalidade. Para as outras ações, sejam recursais ou originárias, o STF não tem aplicado esse entendimento da publicação da ata, mas o da publicação do acórdão. Vejamos um exemplo: "Recursos interpostos antes da publicação do acórdão recorrido são intempestivos (AI 375.124-AgR-ED, Relator Min. Celso de Mello). Entendimento quebrantado, tão somente, naquelas hipóteses em que a decisão recorrida já está materializada nos autos do processo quando da interposição do recurso, dela tendo tomado ciência a parte recorrente (AI 497.477-AgR, da relatoria do ministro Cezar Peluso). O que não é o caso dos autos" (Inq. 2.630-ED, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2009, DJE de 2009).

haverá a certificação do trânsito em julgado da decisão, sem que isso impeça, como visto, desde a publicação da ata, a produção dos efeitos da decisão. Pedimos, novamente, vênia para destacar a jurisprudência do STF:

"1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido" (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 2006. Nesse sentido, cf. decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia na Rcl 17.446, j. 2014).[152]

Para abreviar esse período (publicação da ata de julgamento e publicação do acórdão, com a certificação do trânsito em julgado), que em muitos casos já chegou a levar anos, destacamos a Portaria nº 536/2014/STF, que dispõe sobre o prazo para a publicação de acórdãos e já vem surtindo efeitos relevantes (para se ter uma ideia da gravidade da situação, mesmo diante da regra contida no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, que trata da celeridade enquanto garantia fundamental, quando da publicação da referida Resolução, havia a pendência de publicação de cerca de 2.000 acórdãos proferidos pelas Turmas e pelo pleno do STF).

6.7.1.13 Competência (ADI genérica)

A competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade será definida em conformidade com a natureza do objeto da ação, qual seja, Lei ou ato normativo federal, estadual, municipal ou distrital e o parâmetro ou paradigma de confronto, no caso, a Constituição Federal, a Constituição Estadual, a Lei Orgânica do Distrito Federal (que tem status de Constituição) ou qualquer preceito com força normativa constitucional (ampliação dentro da ideia de "bloco de constitucionalidade", por exemplo, a EC nº 91/2016, que, sem introduzir qualquer artigo, seja no corpo ou mesmo no ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação, sem prejuízo do mandato). Vejamos as hipóteses.

[152] Destacamos: "A obrigatoriedade de observância da decisão de liminar, em controle abstrato realizado pelo STF, impõe-se com a publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça. O ajuizamento de reclamação independe tanto da publicação do acórdão cuja autoridade se quer garantir (ADC 4-MC) como de sua juntada" (Rcl 1.190-AgR e Rcl 1.197-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 2005, Plenário, DJ de 2006. No mesmo sentido: Rcl 3.113-AgR, j. 2010; Rcl 6.167-AgR, j. 2008; Rcl 5.537-AgR, j. 2007; Rcl 4.857-AgR, j. 2007; Rcl 3.632-AgR, j. 2006).

6.7.1.13.1 Lei ou ato normativo federal ou estadual em face, da CF/1988 (art. 102, I, "a")

O art. 102, I, "a", da CF/1988 estabelece que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de Lei ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se de controle concentrado, sendo a ação proposta diretamente no STF, de forma originária. Assim:

• Lei ou ato normativo federal/estadual que contrariar a Constituição Federal / STF.

6.7.1.13.2 Lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF/1988)

O art. 125, § 2º, da CF/1988 dispõe que caberá aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Ou seja, cada estado criará o seu sistema de controle concentrado de constitucionalidade, mas agora de Lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrariarem a Constituição do aludido Estado-Membro. Quem terá competência para o julgamento será o Tribunal de Justiça do Estado (TJ).[153] Vejamos o esquema:

• Lei ou ato normativo estadual/municipal que contrariar a Constituição Estadual / TJ local.

6.7.1.13.3 Lei ou ato normativo municipal em face, da CF/1988

Nesse caso, por falta de expressa previsão constitucional, seja no art. 102, I, "a", seja no art. 125, § 2º, por regra, inexistirá controle concentrado originário por ADI genérica, podendo a questão ser analisada incidentalmente no controle difuso, chegando ao STF via recurso extraordinário.

Esse silêncio acerca da hipótese do aludido controle concentrado no âmbito do STF, de forma proposital, é chamado de silêncio eloquente a traduzir uma regra, qual seja, a de que não cabe ADI genérica no STF tendo por objeto Lei municipal confrontada em face da Constituição Federal.

---

[153] Observe-se, apenas, que, conforme apontou o Ministro Moreira Alves, na hipótese de tramitação simultânea de ações, uma buscando declarar a inconstitucionalidade de Lei Estadual perante o STF (confrontação, da Lei Estadual perante a CF) e outra perante o TJ local (confrontação, da Lei Estadual perante a Constituição Estadual), tratando-se de norma repetida da Constituição Federal na Constituição Estadual, suspende-se o curso da ação proposta no TJ local até o julgamento final da ação intentada no STF (STF, Plenário, ADI 1.423/SP, DJ 1, de 1996).

Nesse sentido, o STF, pela ADI 347-SP, corroborando o entendimento acima exposto, suspendeu a eficácia do art. 74, XI, da CE-SP, que dizia ser o controle das leis municipais que contrariassem a Constituição Federal feito pelo TJ local.

CUIDADO: a partir do julgamento do RE 650.898 (2017), tendo sido o entendimento reafirmado na ADI 5.646 (j. 2019), o STF estabeleceu a seguinte tese, excepcionando a regra geral acima exposta: "é constitucional o exercício pelos Tribunais de Justiça do controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República, quando se tratar de normas de reprodução obrigatória pelos Estados-membros" (acompanhar o julgamento da ADI 5.647 sobre o mesmo tema, pendente).

Confrontar, por fim, a discussão exposta acima sobre a regra geral com a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, estabelecida no art. 102, § 1º, da CF/1988, regulamentada pela Lei nº 9.882/1999 e por nós comentada no item 6.7.3, que admite referida ação tendo por objeto Lei municipal perante a CF/1988.

Como regra geral, o esquema é o seguinte:

• Lei ou ato normativo municipal que contrariar a Constituição Federal não há controle concentrado através de ADI genérica a ser julgada pelo STF, só difuso. Há, contudo, a possibilidade de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo por objeto Lei municipal confrontada perante a Constituição Federal e sendo julgada originariamente pelo STF.

6.7.1.13.4 Lei ou ato normativo distrital em face, da CF/1988

No tocante ao Distrito Federal, o poder constituinte originário de 1988 deixou de fazer previsão expressa ao controle de constitucionalidade das leis emanadas do legislativo do Distrito Federal.

Apesar disso, o art. 32, § 1º, dispõe que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Assim, o controle concentrado a ser exercido pelo STF será possível ou não de acordo com a natureza da norma constitucional elaborada pelo Distrito Federal. Vejamos:

• Lei ou ato normativo distrital de natureza estadual que contrariar a CF/STF;

• Lei ou ato normativo distrital de natureza municipal que contrariar a Constituição Federal não há controle concentrado no STF através de ADI,[154] só difuso. Há, contudo, a possibilidade do ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo por objeto Lei ou ato normativo distrital, de natureza municipal, confrontada perante a CF.

[154] Nesse sentido, S. 642/STF, 2003: "não cabe ação direta de inconstitucionalidade de Lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal".

CUIDADO: pela atual jurisprudência do STF (RE 650.898 e ADI 5.646), admite-se, no âmbito do TJDFT, o controle concentrado de constitucionalidade de leis distritais de natureza municipal, utilizando-se como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelo DF (cf. item 6.8.5.2).

6.7.1.13.5 Lei ou ato normativo distrital em face, da Lei orgânica distrital

De acordo com o art. 32, caput, da CF/1988, o Distrito Federal, vedada a sua divisão em Municípios, reger-se-á por Lei Orgânica. Indagamos, então: seria possível o controle concentrado de Lei ou ato normativo distrital, em face, da Lei Orgânica Distrital?

Fazendo pesquisa na jurisprudência do TJDF, encontramos julgados permitindo o referido controle, corroborados pelo Regimento Interno do TJDF (art. 206 ao art. 209). Vejamos:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei local em face da LODF. Competência. Liminar. Requisitos. I – o leito processual adequado para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de Lei local em face, da Lei Orgânica do Distrito Federal é a ação direta de inconstitucionalidade. II – não há lacunas na Constituição Federal relativamente à competência para o processo e julgamento da ADI. Ocorre, tão só, falta de explicitude, da Lei maior. Tal competência é afeta ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por interpretação sistemática, quanto ao método, e extensiva, quanto ao alcance, dos art. 32, § 1º e art. 25, § 2º, da CF/1988. III – o procedimento a ser adotado na ADI encontra-se descrito no RISTF, de aplicação subsidiária" (destacamos).[155]

Esse entendimento jurisprudencial passou a encontrar expresso amparo legal. A Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, alterou a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei nº 8.185/1991), acrescentando o art. 8º, I, "n", que atribui competência ao TJ local para processar e julgar, originariamente, a ADI de Lei ou ato normativo do DF em face da sua Lei Orgânica.

Referida Lei foi revogada pela Lei nº 11.697/2008 (Lei Federal que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), que manteve a mencionada competência no art. 8º, I, "n" e, ainda, estabeleceu, na alínea "o", a atribuição para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica.

A previsão da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), que já constava no art. 30, da Lei nº 9.868/1999, foi mantida no art. 8º, § 4º, II, da Lei nº 11.697/2008.

---

[155] Registro do Acórdão nº 111.897, j. 1998; órgão julgador: Conselho Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1999.

Ainda, seguindo a orientação, da Lei nº 9.868/1999, nos termos do art. 8º, § 5º, da comentada Lei nº 11.697/2008, ficou mantida a regra no sentido de se aplicarem, no que couber, ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Distrito Federal, em face da sua Lei Orgânica, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

Esse entendimento, qual seja, apresentar-se a Lei Orgânica do DF como parâmetro ou paradigma de confronto, encontra-se pacificado na jurisprudência do STF:

"EMENTA: Antes de adentrar no mérito da questão aqui debatida, anoto que, muito embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2º, que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. Por essa razão, entendo que se mostrava cabível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo MPDFT no caso em exame" (RE 577.025, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, Plenário, DJE de 2009).

6.7.1.13.6 Lei municipal em face, da Lei orgânica do município

Nesse caso não estaremos diante de controle de constitucionalidade, mas de simples controle de legalidade, cujas regras deverão ser explicitamente previstas na Lei Orgânica de cada Município.

Manoel Carlos, de forma interessante, reconhecendo a natureza constitucional, da Lei Orgânica de Município, sugere que a possibilidade de controle seja pela via incidental, como abstratamente, lembrando a previsão de controle concentrado de Lei municipal em face, da Lei Orgânica, nos termos do art. 61, I, "l", da CE-PE.[156]

Resta aguardar como o STF vai evoluir sobre esse assunto (matéria pendente), mostrando-se bastante sedutora a proposta doutrinária.

Por enquanto, contudo, parece que a melhor orientação (no caso dos concursos públicos) seria seguir a conclusão de André Ramos Tavares, no sentido de que o controle seria feito pelo sistema difuso apenas.[157]

6.7.1.14 Legitimidade (ADI genérica)

---

[156] ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de: *O novo controle de constitucionalidade municipal.*
[157] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional.*

No tocante à legitimidade, estudaremos os legitimados para a representação de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo estadual ou federal, contestados em face, da CF/1988, sendo julgada pelo STF.

As partes legítimas para propositura da ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face da Constituição Estadual perante o TJ local, serão especificadas em cada Constituição Estadual. O art. 125, § 2º, da CF/1988, veda, no âmbito estadual, a atribuição da legitimação a um único órgão (cf. item 6.8.4).

A CF/1988, ampliando o rol de legitimados, que até 1988 apenas se limitava ao Procurador-Geral da República (PGR), previu, em seu art. 103, que a ADI genérica, para questionar a constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual contestados em face da própria CF, poderá ser proposta (no plano da ADI no STF, o rol é taxativo – *numerus clausus*):

I – pelo Presidente da República;

II – pela Mesa do Senado Federal;

III – pela Mesa da Câmara dos Deputados;[158]

IV – pela Mesa de Assembleia Legislativa de Estado ou pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (alterado pela EC nº 45/2004);[159]

V – pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal (alterado pela EC nº 45/2004);[160]

VI – pelo Procurador-Geral da República;

VII – pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – por partido político com representação no Congresso Nacional;[161]

---

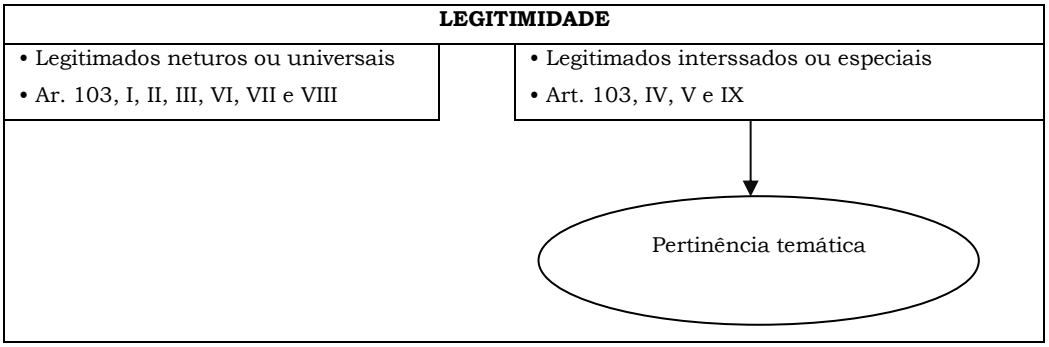
[158] A legitimação é apenas para a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (art. 57, § 4º). A Mesa do Congresso Nacional (art. 57, § 5º) não tem legitimidade para a propositura da ADI.

[159] O STF já admitia, antes, da EC nº 45/2004 e, da Lei nº 9.868/1999, a propositura pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

[160] O STF já admitia, antes, da EC nº 45/2004 e, da Lei nº 9.868/1999, a propositura pelo Governador do Distrito Federal. Deixamos claro que a legitimação foi estabelecida para o Chefe do Poder Executivo Estadual e/ou Distrital e não para o ente federativo. Assim, muito embora a ação possa ser proposta pelo Governador do Estado-Membro, o ente federativo em si, no caso, o Estado-Membro, não está autorizado a recorrer, já que não foi incluído no rol (taxativo) dos legitimados. A legitimação recursal nas ações de controle concentrado deve ser paralela à legitimidade processual ativa para recorrer. Vejamos: "Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por governador de Estado. Decisão que não a admite, por incabível. Recurso de agravo interposto pelo próprio Estado-membro. Ilegitimidade recursal dessa pessoa política. Inaplicabilidade, ao processo de controle normativo abstrato, do art. 188, do CPC/1973. Recurso de agravo não conhecido. O Estado-membro não possui legitimidade para recorrer em sede de controle normativo abstrato. O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada pelo respectivo governador, a quem assiste a prerrogativa legal de recorrer contra as decisões proferidas pelo relator da causa (art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999) ou, excepcionalmente, contra aquelas emanadas do próprio Plenário do STF (art. 26, da Lei 9.868/1999)" (ADI 2.130-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2001, Plenário, DJ de 2001. No mesmo sentido: ADI 1.663-AgR-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2013, Plenário, DJE de 2013).

[161] Decidiu o STF que a exigência de representação do partido político no Congresso Nacional é preenchida com a existência de apenas um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas. A representação do partido político na ação dar-se-á pelo Diretório Nacional ou pela Executiva do Partido, de acordo com a sua Constituição, não admitindo a legitimidade ativa ao Diretório Regional ou Executiva Regional, na medida em que não podem agir nacionalmente (STF, ADI 1.449-8/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ1 de 1996). O STF entendeu a possibilidade de outorga do instrumento de mandato pelo Presidente do Partido (ADI 2.552, j. 2001, fazendo-se referência à ADI 2.187-QO). De acordo com a jurisprudência do STF, a aferição da representação do

IX – por confederação sindical[162] e[163] ou entidade de classe de âmbito nacional.[164]



partido político em uma das Casas do Congresso Nacional (sendo suficiente em apenas uma), dá-se no momento da propositura da ação (ADI 2.054-QO).

[162] Em relação às confederações sindicais, o STF já decidiu que deverão preencher os requisitos da legislação pertinente, entre os quais o de serem constituídas por, no mínimo, 3 federações sindicais, nos termos do art. 535 da CLT (ADI 1.121/RS, Rel. Min. Celso de Mello, sessão plenária de 1995 – Inf. 5/STF). Como exemplo, citamos a Confederação Nacional de Saúde (CNS), a Confederação Nacional do Comércio (CNC) etc., todas devendo demonstrar pertinência temática. CUIDADO: seguindo a tendência de revisitação da jurisprudência em relação ao art. 103, IX (vide destaque no corpo do texto a seguir), o STF admitiu o ajuizamento de ADI pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, que demonstrou possuir representatividade adequada em âmbito nacional, "circunstância que supera dúvidas suscitadas quanto ao número de federações que a integram. Ademais, versando a impugnação sobre o regime do magistério, está igualmente presente a pertinência temática" (ADI 4.079, j. 2015). Trata-se, portanto, de movimento jurisprudencial no sentido de afastar as regras que foram criadas pela jurisprudência antiga da Corte e que não estão expressas na Constituição.

[163] Devemos alertar que, em se tratando de entidades sindicais, o STF não reconhece a legitimação ativa dos sindicatos e das federações, ainda que possuam abrangência nacional, em razão de sua menor hierarquia. Da mesma forma, o STF não reconhece a legitimação das centrais sindicais. Para se ter um precedente, destacamos o caso concreto da CUT. que, segundo a Corte, não se enquadra na primeira parte do art. 103, IX, da CF/1988, não, tendo, portanto, legitimação ativa (ADI 271-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1992, Plenário, DJ de 2001. No mesmo sentido: ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2004, Plenário). Essa jurisprudência foi confirmada mesmo após a alteração da CLT pela Lei nº 11.468/2008, que definiu as centrais sindicais como entidades de representação geral dos trabalhadores, constituídas em âmbito nacional: "EMENTA: (...). 2. Muito embora ocorrido o reconhecimento formal das centrais sindicais com a edição, da Lei nº 11.648/2008, a norma não teve o condão de equipará-las às confederações, de modo a sobrelevá-las a um patamar hierárquico superior na estrutura sindical. Ao contrário, criou-se um modelo paralelo de representação, figurando as centrais sindicais como patrocinadoras dos interesses gerais dos trabalhadores, e permanecendo as confederações como mandatárias máximas de uma determinada categoria profissional ou econômica. 3. A fórmula alternativa prevista no art. 103, IX, do Texto Magno, impede que determinada entidade considerada de natureza sindical, não enquadrável no conceito de confederação, venha a se utilizar do rótulo de entidade de classe de âmbito nacional, para fins de legitimação" (ADI 4.224-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário).

[164] De acordo com a jurisprudência do STF, entidade de classe de âmbito nacional, aplicando analogicamente a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (art. 7º, da Lei nº 9.096/1995), é aquela de atuação transregional e organizada em pelo menos 9 Estados da Federação (ou seja, em ao menos 1/3 dos 27 entes federativos – 26 Estados e o DF. Cf., também, medida liminar na ADI 386). Dessa forma, não basta a simples declaração formal constante de seus atos constitutivos. CUIDADO: neste último precedente, o Ministro Moreira Alves ressaltou que referido critério de organização "cederá nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de 9 Estados". Assim, em outro julgado, resgatando a aludida ressalva, em situação concreta que envolvia a Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal (ABERSAL), o STF afastou a exigência da organização em pelo menos 1/3 dos Estados da Federação. Vejamos: "EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL contra a Lei Estadual nº 8.299/2003, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre formas de escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte e dá outras providências". 2. Legitimidade ativa. 3. Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (art. 7º, da Lei nº 9.096/1995), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação" (ADI 2.866-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2003). Finalmente, também alterando entendimento, o STF passou a admitir ajuizamento de ADI por "associação de associação" (cf. ADI 3.153 AgR/DF), assim como por "confederações nacionais" (ADI 3.870, j. 2019, DJE de 2019). Recomendamos a leitura do tópico específico neste item, especialmente a mutação constitucional do sentido de "entidade de classe".

Quanto aos legitimados, o STF prescreve que alguns devem demonstrar interesse na aludida representação, em relação à sua finalidade institucional. Todos os membros acima citados são neutros ou universais, possuidores de legitimação ativa universal, ou seja, não precisam demonstrar a pertinência temática, exceto os dos incisos IV – Mesa de Assembleia Legislativa de Estado (e, como vimos, também a Mesa da Câmara Legislativa); V – Governador de Estado (também o Governador do DF) e IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, que são autores interessados ou especiais, ou seja, devem demonstrar o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional.

• E "associação de associação" pode ser classificada como entidade de classe para a propositura da ADI?

Inicialmente, o STF negou legitimidade ativa à Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) (ADI 591-MC/DF, RTJ 138/1981) por se tratar de "associação de associação".

Entretanto, a Suprema Corte modificou o seu entendimento ao analisar o caso concreto da Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique (FENACA). Vejamos: "Associação de Associações: Legitimidade para ADI (Transcrições) (v. Informativo 356), ADI 3.153 AgR/DF, Relator p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Voto: Presidente, volta ao pleno um problema cuja solução, na jurisprudência da Corte, jamais, pessoalmente, me convenceu: é a que baniu da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade o que se tem chamado "associação de associações". A meu ver, nada o justifica. Chegou-se a falar que uma "associação de associações" só poderia defender os interesses das suas associadas, vale dizer, das associações que congrega. Mas, *data venia*, o paralogismo é patente. A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que lhe são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E o fato de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada Estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa de classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como o que ela realmente é: uma entidade de classe. No âmbito sindical, isso é indiscutível. As entidades legitimadas à ação direta são as confederações, que, por definição, não têm como associados pessoas físicas, mas, sim, associações delas. Não vejo, então, no âmbito das associações civis comuns não sindicais, como fazer a distinção. Peço todas as vênias ao eminente Relator – aliás já discutimos a respeito, desde pelo menos o caso CUT e CGT, na ADI 271 (lembrando, como visto em nota anterior, que o STF não admite a legitimação ativa das centrais sindicais citadas)[165] – para dar provimento ao agravo regimental, a fim de que se processe a ação direta" (Inf. 361/STF).

[165] Conforme anotou o Min. Celso de Mello em seu voto na ADI 271-MC, as confederações sindicais (que têm legitimação ativa e estão abarcadas pelo art. 103, IX), "distinguem-se claramente das centrais sindicais,

• E as associações que representam fração de categoria profissional?

Conforme consta no Inf. 826/STF, "as associações que representam fração de categoria profissional não são legitimadas para instaurar controle concentrado de constitucionalidade de norma que extrapole o universo de seus representados. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual se discutia a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Na espécie, a referida associação questionava dispositivo da LC 35/1979 (LOMN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional). A Corte assentou a ilegitimidade ativa da mencionada associação. Manteve o entendimento firmado na decisão agravada de que, se o ato normativo impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não seria legítimo permitir-se que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugnasse a norma, pela via abstrata da ação direta" (ADPF 254, Min. Luiz Fux, 2016).

"Entidade de Classe" – a evolução da jurisprudência do STF: revisitação dos requisitos impostos pela jurisprudência defensiva (restritiva e de "autodefesa") da Corte.

A jurisprudência do STF, em um primeiro momento, consolidou-se no sentido de estabelecer o preenchimento de alguns requisitos para se caracterizar entidade de classe para o ajuizamento da ADI (art. 103, IX), quais sejam, a necessidade de ser entidade representativa de categorias de natureza profissional ou econômica determinada e, ainda, homogênea, no sentido de representar um único segmento. Vejamos os precedentes:

• ADI 89: o STF negou legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE), por entender tratar-se de classe estudantil, e não de classe profissional;

• ADI 386: o STF passou a exigir que a entidade de classe preencha o requisito da homogeneidade. Nesse sentido, reafirmou a Corte: "a heterogeneidade da composição da autora, conforme expressa disposição estatutária, descaracteriza a condição de representatividade de classe de âmbito nacional: Precedentes do STF" (ADI 3.381, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2007, Plenário. No mesmo sentido: ADI 3.805 AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário. Cf., ainda, ADI 57, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Plenário, j. 1991; ADI 941 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Plenário, j. 1993).

CUIDADO: observa-se uma tendência/realidade de revisitação desses requisitos impostos pela jurisprudência defensiva (restritiva e de "autodefesa") da Corte, destacando-se os seguintes julgados em sentido diametralmente oposto aos acima mencionados:

• ADPF 527: o Min. Barroso reconheceu a legitimação ativa da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), mesmo não sendo

---

pois aquelas associações de grau superior, posicionadas no ápice da pirâmide sindical, representam, enquanto uniões compostas que são, uma só categoria econômica ou profissional, enquanto que estas – as centrais sindicais – apresentam-se superpostas às próprias categorias" (ADI 271-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1992, Plenário, DJ de 2001).

uma categoria econômica ou profissional. Vejamos a ementa: "superação da jurisprudência. A missão precípua de uma Suprema Corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga escala. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis" (decisão monocrática proferida em 2018);[166]

• ADI 3.413: o STF reconheceu a legitimação ativa da Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – ABIMAQ: "o fato de a associação requerente congregar diversos segmentos existentes no mercado não a descredencia para a propositura da ADI – evolução da jurisprudência" (j. 2011), afastando-se a necessidade de homogeneidade.

Conforme observou o Min. Barroso no julgamento da ADPF 324 (Plenário, j. 2018, DJE de 2019), a partir do julgamento da ADI 4.079 (j. 2015, Plenário), que reconheceu a legitimação ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, "o critério que passou a determinar o reconhecimento da legitimidade ativa das associações de classe e das confederações sindicais passou a ser o critério da "representatividade adequada", segundo o qual deve-se abandonar um critério formalista de aferição de tal legitimidade e adotar um exame material, a fim de verificar se a associação reúne suficientes membros de uma categoria a ponto de que possa falar em nome desta" (fls. 43).

Nessa linha, o Min. Marco Aurélio vinha sinalizando: "estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do art. 103, IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania" (ADI 5.291, j. 2015).

Nesse sentido, o Min. Barroso destacou estudo empírico: "um levantamento sobre as ações diretas de inconstitucionalidade apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 1988 a 2012, constatou que a maioria das ações diretas que versam sobre direitos

---

[166] Veja o interessante parecer da PGR na referida ADPF (pendente a ratificação/apreciação pelo Plenário da cautelar deferida pelo Min. Barroso em 2019, assim como o julgamento de mérito): "Legitimação ativa. Ampliação do acesso à jurisdição constitucional. Interpretação evolutiva dos direitos humanos. Incremento da proteção a grupos minoritários. Exigência de representatividade nacional. Devem ser revistos os limites subjetivos historicamente impostos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao exercício da legitimidade do art. 103, IX, da CF/1988, para que, redefinindo-se o sentido atribuído à expressão "entidade de classe", sejam incluídas nesse conceito, além das entidades cujos membros estão unidos por vínculos de natureza econômica ou profissional, aquelas constituídas para a defesa de grupos sociais vulneráveis. É exigência, da CF/1988 a democratização do acesso à jurisdição constitucional".

fundamentais referem-se a interesses corporativos de servidores públicos, advogados públicos, magistrados, membros do Ministério Público etc. Obviamente, esse quadro tem íntima relação com quem pode propor uma ação direta. Se apenas entidades de classe representativas de interesses econômicos e profissionais podem deflagrar o controle concentrado, esses serão os interesses debatidos nesse âmbito [...]. Assim, limitar as entidades de classe às categorias econômicas e políticas significa valer-se do controle de constitucionalidade para preservar interesses de grupos que dispõem de força política e frustrar o acesso à jurisdição constitucional justamente pelos grupos que mais precisam dela".[167]

Toda essa evolução foi mais uma vez destacada no julgamento da ADPF 262 AgR, pela qual o pleno superou a necessidade do requisito da homogeneidade. Conforme bem anotou o Min. Barroso, as restrições que foram colocadas (pertinência temática, classe econômica e homogeneidade) são fruto da jurisprudência da Corte e não de previsão constitucional. O que deve haver é o efetivo controle da "representatividade adequada" e não a imposição de outras restrições que não estão previstas na Constituição. Conforme ficou sedimentado, "as Confederações Nacionais são entidades de alcance nacional e atuação transregional dotadas de expresso mandato para representação de interesses de setores econômicos, comportando diversas classes" (j. 2018).[168]

Assim, a proposta lançada pelo Min. Barroso em julgamento monocrático proferida na ADPF 527 parece trazer importante resumo sobre tudo o que se falou acima e marcar a linha de transformação (mutação) da jurisprudência da Corte: "considera-se classe, para os fins do 103, IX, da CF/1988, o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem".

• E a perda de representação do partido político no Congresso?

Tendo em vista a importância do novo entendimento, já anunciado em nota anterior, cabe destacar que o STF decidiu que a perda de representação do partido político no Congresso Nacional, após o ajuizamento da ADI, não descaracteriza a legitimidade ativa para

---

[167] Decisão monocrática proferida na ADPF 527 MC. Para estudo doutrinário, cf. Daniel Sarmento, segundo o qual "a persistência desta jurisprudência restritiva cobra um preço muito caro: ela desprotege direitos básicos, ao dificultar a sua garantia pela jurisdição constitucional; empobrece a agenda do STF e mina a sua legitimidade democrática, tornando ilusória a ideia anteriormente discutida da representação argumentativa" (Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição).

[168] Trata-se de ADI ajuizada pela Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil – CACB, que é, segundo os art. 1º e art. 2º de seu Estatuto, "associação civil de fins não econômicos", formada "pelas Federações de Associações Comerciais e Empresariais (limitada a uma Federação por Estado), pelas Associações Comerciais e Empresariais filiadas diretamente e, a critério do Conselho Deliberativo, por empresas e entidades empresariais nacionais". Nesse sentido de se reconhecer a legitimação ativa das "confederações nacionais", o STF admitiu a proposição de ADI pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura – CNTEEC, na medida em que referidas Confederações Nacionais "possuem legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, pois são entidades de alcance nacional e atuação transregional dotadas de expresso mandato para representação de interesses de setores econômicos, comportando diversas classes" (ADI 3.870, j. 2019, DJE de 2019).

o prosseguimento na ação. Dessa forma, "... a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação..." (ADI 2.159 AgR/DF, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2004. Vencidos o Min. Carlos Velloso, relator, e o Min. Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da capacidade postulatória).

• E a necessidade de advogado?

O STF entendeu que somente os partidos políticos e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional é que precisarão contratar advogado para a propositura da ADI (art. 103, VIII e IX), devendo, no instrumento do mandato (procuração – art. 653, CC), haver a outorga de poderes específicos para atacar a norma impugnada, indicando-a (ADI 2.187-QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 2000, Plenário, DJ de 2003). Quanto aos demais legitimados (art. 103, I ao VII), a capacidade postulatória decorre da Constituição.

Nesse sentido: "O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, I ao VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, *ex vi*, da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado" (ADI 127-MC/QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1989, DJ de 1992).

6.7.1.15 Procedimento e características marcantes do processo objetivo (ADI genérica)

O procedimento vem delimitado no art. 103, § 1º e § 3º, da CF/1988, explicitado nos art. 169 ao art. 178 do RISTF, bem como nas regras trazidas pela Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, a ação será proposta por um dos legitimados do art. 103, da CF/1988, que deverá indicar na petição inicial o dispositivo, da Lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações.

De acordo com o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, corroborando a jurisprudência do STF, a petição inicial, quando subscrita por advogado, deverá vir acompanhada de procuração (e, acrescente-se, outorgada com poderes especiais para a instauração do pertinente processo de controle normativo abstrato perante a Corte Constitucional, indicando, objetivamente, a Lei ou o ato normativo e respectivos preceitos –

quando for o caso – que estejam sendo levados à apreciação do Judiciário através da ADI – cf. STF, Plenário, ADI 2.187-7/BA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 2000), e será apresentada em duas vias,[169] devendo conter cópia, da Lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

O art. 4º, da Lei nº 9.868/1999 estabelece que a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Contra essa decisão que indeferir a petição inicial caberá o recurso de agravo a ser interposto no prazo de 5 dias (cf. art. 317 do RISTF) e apreciado pelo Plenário.

De acordo com o CPC, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos art. 994, III, e art. 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2º), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do CPC, se dar em dias úteis.

Naturalmente, em se tratando de decisão do pleno da Corte que não conhece de ação direta de inconstitucionalidade, não será cabível o agravo, já que só admissível contra decisão do relator que liminarmente indefere petição inicial (ADI 2.073-AgRQO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2000, DJ de 2000).

A jurisprudência do STF considera manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que versar sobre norma cuja constitucionalidade já tenha sido expressamente declarada pelo pleno da Corte, mesmo que em recurso extraordinário (ADI 4.071-AgR, j. 2009. No mesmo sentido: ADI 4.466, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 2012. Sobre a tendência de objetivação do recurso extraordinário, cf. item 6.6.5.6).

Em referido julgado ressalvou-se a possibilidade de alteração da jurisprudência do Plenário, o que, entretanto, "pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes", o que não se verificou.

Não sendo o caso de indeferimento liminar, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a Lei ou o ato normativo impugnado, devendo tais informações ser prestadas no prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido.

---

[169] Muito embora a "letra, da Lei" determine a apresentação em "duas vias", entendemos que com o processo eletrônico essa regra perde o seu sentido. Como se sabe, dentre outras ações, desde o advento da Res. nº 417/2009-STF, a ADI passou a ser processada, exclusivamente, no sistema eletrônico do STF (e-STF, regulamentado pela Res. nº 427/2017-STF, atualmente em sua terceira versão – Pet V3, lançada ao público em 2016. O art. 19 da referida resolução lista as classes processuais que serão recebidas e processadas, exclusivamente, de forma eletrônica).

A jurisprudência do STF tem reconhecido a faculdade de o relator requisitar informações complementares, "... com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia" (ADI 2.982-ED e ADI 3.832, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 2010, DJE de 2010).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 15 dias. O primeiro defenderá o ato impugnado, enquanto o segundo poderá dar parecer tanto favorável como desfavorável.

Temos percebido, contudo, algumas situações nas quais o AGU, segundo orientação do STF, "não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade" (vide ADI 1.616/PE, ADI 2.101/MS, ADI 3.121/SP e ADI 3.415/AM). Ainda, evoluindo a jurisprudência firmada na ADI 72, a partir da interpretação sistemática, na ADI 3.916, entendeu o STF que a AGU tem direito de manifestação (cf. os vários precedentes no item 12.3.7.4).

O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999). Trata-se da importante figura do *amicus curiae*, que discutimos no item 6.7.1.16.1 e seguintes.

Ainda, desde que haja necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar outras, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999).[170]

O relator poderá, também, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Finalmente, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para o julgamento, lembrando que a definição de pauta e agenda do pleno é atribuição do Ministro Presidente da Corte.

A declaração de inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada (ou mesmo de constitucionalidade no caso de improcedência da ADI, em razão de seu caráter dúplice ou ambivalente) será proferida se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos 6 Ministros (maioria absoluta – art. 97, da CF/1988), desde que observado o *quorum*

[170] Sobre o tema, cf. a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, desenvolvido no item 3.9 deste estudo. Sobre as audiências públicas, cf. item 6.7.1.16.10.

de instalação da sessão de julgamento, qual seja, a presença de pelo menos 8 dos 11 Ministros (art. 22 e art. 23, da Lei nº 9.868/1999).

De acordo com o art. 23, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória, confirmando, assim, a ambivalência das referidas ações.

Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Como já apontamos, de modo geral, o STF entende que a decisão passa a valer a partir da publicação da ata da sessão de julgamento no DJE, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. ADI 711-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 1992, DJ de 1993 – critério adotado em julgamento de medida cautelar, mas que parece adequar-se ao julgamento de mérito; Rcl 2.576 e Notícias STF, 2004; Rcl 3.309 e Inf. 395/STF; ADI 3.756-ED, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2007, DJ de 2007).

Nos termos do art. 28, da Lei nº 9.868/1999, dentro do prazo de 10 dias após o trânsito em julgado da decisão, o STF fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Por se tratar de processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, algumas regras são muito importantes e particulares, destacando-se:

• inexistência de prazo recursal em dobro ou diferenciado para contestar, mesmo para a interposição de RE em sede de controle abstrato contra acórdão do TJ: a norma inscrita no art. 188, do CPC/1973 (que determina que se compute em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público) restringe-se ao "... domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais", não se aplicando, portanto, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 2.130-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2001, DJ de 2001).[171]

[171] Seguindo a orientação firmada nesse leading case (não aplicação do art. 188, do CPC/1973 e, por coerência lógica, não aplicação dos art. 180, art. 183 e art. 186, do CPC, ao processo objetivo de controle de constitucionalidade), também a doutrina. Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da: *A fazenda pública em juízo*, item 3.3.6.

No CPC, essa regra de "benefício de prazo" ou "prerrogativa de prazo" passou a ser o prazo em dobro (não havendo previsão de prazo em quádruplo) para todas as manifestações processuais do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (art. 180, art. 183 e art. 186). Esse benefício da contagem em dobro, contudo, não se aplica quando a Lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público, para o ente público ou para a Defensoria Pública (art. 180, § 2º, art. 183, § 2º, e art. 186, § 4º). Assim, como a Lei nº 9.868/1999 prevê os prazos próprios, a regra geral do prazo em dobro está excepcionada pela própria legislação e, portanto, não se aplica ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, seguindo o mesmo entendimento que se tinha à luz do revogado CPC/1973.

Muito embora o Min. Dias Toffoli tenha proposto a mudança dessa interpretação para a hipótese de RE em sede de controle abstrato estadual (ARE 661.288, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, 1ª T., DJE de 2014), o pleno do STF não aceitou a tese, reafirmando a jurisprudência no sentido de não admitir o prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.814 e ARE 830.727, j. 2019, Plenário, e AI 827.810, j. 2019, pleno Virtual).

Esse entendimento também deve ser aplicado para a hipótese de interposição de recurso extraordinário contra acórdão do TJ em ação de controle concentrado estadual (cf. item 6.8.5.3).

Isso porque, nessa hipótese, estamos diante da utilização de recurso inerente ao processo subjetivo (controle difuso – RE) no processo objetivo (controle concentrado – ADI genérica julgada pelo TJ), tanto é que a decisão proferida no acórdão do RE terá os mesmos efeitos da ADI genérica.

• inexistência de prazo prescricional ou decadencial;[172]

• não admissão da assistência jurídica a qualquer das partes, nem intervenção de terceiros, de acordo com o art. 169, § 2º, do RISTF (conforme art. 7º, da Lei nº 9.868/1999), salvo a figura do *amicus curiae*;[173]

• vedada, expressamente, a desistência da ação proposta: de acordo com o art. 5º, caput, da Lei nº 9.868/1999;

• irrecorribilidade da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, da Lei ou do ato normativo: o art. 26, da Lei nº 9.868/1999 estabelece a irrecorribilidade da decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade,

---

[172] "Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial: o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF" (STF, Plenário, ADI-MC 1.247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ1 de 1995).

[173] De acordo com o art. 7º, § 2º, como visto acima, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

da Lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória, ressalvada a interposição de embargos declaratórios.[174]

Outra exceção a essa regra da irrecorribilidade, muito particular – e por isso aqui destacada –, é a hipótese de interposição de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça estadual em ADI estadual tendo por objeto Lei Estadual ou Lei municipal contestada em face de norma da Constituição Estadual de reprodução obrigatória da Constituição Federal, ou mesmo, a partir de importante precedente, de norma de reprodução obrigatória, da CF/1988 mesmo que não tenha sido expressamente reproduzida no âmbito da Constituição Estadual (sobre esse modelo, cf. RE 650.898 e item 6.8.6).

• agravo: muito embora a regra da irrecorribilidade da decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, da Lei ou do ato normativo acima apontada, como visto, o art. 4º, da Lei nº 9.868/1999 estabelece que a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Contra essa decisão que indeferir a petição inicial cabe, de acordo com a literalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, agravo a ser apreciado pelo pleno e interposto no prazo de 5 dias contados da decisão do relator (art. 317, RISTF, até então denominado agravo regimental). CUIDADO: em relação ao prazo de interposição, devemos alertar, conforme já destacamos, que o CPC especificou a figura do chamado agravo interno contra a decisão proferida pelo relator, no prazo de 15 dias (e não mais 5), e nos parece que, de fato, nesse ponto, é a regra a ser adotada, afastando-se aquela prevista na legislação específica e no regimento interno (cf. art. 1.021 e art. 1.070, do CPC). Naturalmente, em se tratando de decisão do pleno que não conhece de ação direta de inconstitucionalidade, não será cabível o agravo, já que só admissível contra decisão do relator que liminarmente indefere a petição inicial (ADI 2.073-AgR-QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2000, DJ de 2000);

• não rescindibilidade da decisão proferida, tudo em razão da natureza objetiva do processo de ADI;

• não vinculação à tese jurídica (causa de pedir "aberta"): o STF, ao julgar a ADI, não está condicionado à causa petendi, não estando vinculado, portanto, a qualquer tese jurídica apresentada. Devem os Ministros apreciar o pedido de suposta inconstitucionalidade, da Lei ou ato normativo, podendo, por conseguinte, decretar a inconstitucionalidade da norma por

[174] Antes da instituição, da Lei nº 9.868/1999 (art. 26), vigorava, com o caráter de Lei ordinária, o art. 333, IV, do RISTF, recepcionado pela CF/1988, o qual admitia a interposição de embargos infringentes, por exemplo, em uma decisão não unânime tomada por 6 x 5 em ADI, objetivando fazer valer o entendimento vencido. Contudo, a partir do advento da referida lei, o atual entendimento é no sentido do não cabimento dos embargos infringentes, tendo a nova regra (art. 26, da Lei nº 9.868/1999) revogado o RISTF. Assim, pode-se afirmar estarem revigoradas as Súmulas 293 (aprovada em 1964) e 455/STF (aprovada em 1964), que vedam a interposição dos embargos infringentes. Cabe lembrar, todavia, jurisprudência do STF que, excepcionalmente, admite os embargos infringentes se a "decisão embargada" não unânime foi proferida antes da vigência da nova Lei nº 9.868/1999. (Nesse sentido, cf. ADI 1.591-EI, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 2002, e ADI 1.289-EI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2003.)

fundamentos diversos (STF, RTJ 46/352). Conforme vimos, ainda é possível, mesmo não havendo pedido expresso, a Corte nulificar outra Lei ou ato normativo por arrastamento ou reverberação (cf. item 6.7.1.5).

Nesses casos, contudo, sustentamos que a regra contida no art. 10, do CPC deveria ser observada. Conforme expresso, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Essa observância do contraditório, mesmo em processo objetivo, parece bastante salutar, sempre na busca da melhor interpretação a ser dada pela Corte.

Contudo, essa nossa proposta de aplicação do art. 10, do CPC parece não vir a ser reconhecida pela Corte. De fato, muito embora o art. 3º, I, da Lei nº 9.868/1999 exija a indicação dos "fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações", o STF tem afirmado, conforme vimos, que essa fundamentação não vincula a Corte (causa petendi aberta), que poderá, inclusive, "examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente" (nesse sentido, ADI 1.749, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, j. 1999, Plenário; ADI 2.728; ADI 2.213 e, já na vigência, do CPC, ADI 3.796, j. 2017, DJE de 2017).

6.7.1.16 "*Amicus curiae*" (ADI e demais ações) e audiências públicas ("sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" – Peter Häberle)

Peter Häberle, em conhecido estudo, propõe a ideia de que a interpretação não pode ficar restrita aos órgãos estatais, mas que deve ser aberta para todos os que "vivem" a norma (a Constituição), sendo, assim, esses destinatários, legítimos intérpretes, em um interessante processo de revisão da metodologia jurídica tradicional de interpretação.[175]

Dentro dessa perspectiva de pluralização do debate, sem dúvida, os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas assumem um papel extremamente relevante.

6.7.1.16.1 "*Amicus curiae*" – regras gerais

Entendemos importante analisar tema que vem ganhando destaque nos concursos públicos: a figura do *amicus curiae* no processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme esclareceu o Ministro Celso de Mello, "o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que

[175] HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica constitucional*. Neste nosso estudo, cf. itens 1.6 e 3.9.

terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 155/155, 157/266 – ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, v.g.)". Isso porque, continua, "... o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22, 131/1001, 136/467 e 164/506-507)" (ADI 2.130-MC/SC, DJ de 2001).

Essa regra está expressa no art. 7º, caput, da Lei nº 9.868/1999, que veda a "intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade".

No entanto, o art. 7º, § 2º, da referida Lei estabelece que "o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

A lei, assim, consagrou a figura do *amicus curiae* ou "amigo da Corte". A literalidade do dispositivo já traz alguns elementos:

• relator: a admissão ou não do *amicus curiae* será decidida pelo relator, que verificará o preenchimento dos requisitos e a conveniência e oportunidade da manifestação. Destacamos que, mesmo admitido (pelo relator), o Tribunal poderá deixar de referendá-lo, afastando a sua intervenção (nesse sentido, cf. ADI 2.238, DJ de 2002);

• a decisão será mesmo irrecorrível? SIM. Conforme visto, a Lei estabelece que o relator poderá, por despacho irrecorrível (na verdade é uma decisão), admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (sobre o tema, cf. item 6.7.1.16.9);

• requisitos: relevância da matéria e representatividade dos postulantes;

• prazo para admissão: vinha fixado no art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 (prazo das informações), que, no entanto, foi vetado. Nas razões do veto, o Presidente da República observa que "... eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no art. 6º, parágrafo único" (Mensagem nº 1.674/1999). Trata-se do prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a Lei ou o ato normativo impugnado (nesse sentido, cf. ADI 1.104). Entendemos, contudo, que, dada a natureza e finalidade do *amicus curiae*, esse prazo poderá ser flexibilizado pelo relator, que terá discricionariedade para aceitar ou não a sua presença no processo objetivo, ainda que após o decurso do aludido prazo, ou, até mesmo, somente para a apresentação de sustentação oral, como se verificou na ADPF 46/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2005). O objetivo do instituto do *amicus curiae* é auxiliar a instrução processual. Assim, em um primeiro momento, o STF entendeu como possível a sua admissão no processo até o início do julgamento. Uma vez em curso e já iniciado o julgamento, a presença do *amicus curiae* deverá ser rejeitada para evitar tumulto processual (nesse sentido, cf. ADI 2.238, Inf. 267/STF). Avançando, o STF mudou o entendimento e restringiu um pouco mais o momento. A partir do julgamento da ADI 4.071 AgR/DF (Rel.

Min. Menezes Direito, j. 2009, DJE de 2009 e Inf. 543/STF), o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o relator liberar o processo para pauta.[176] Apesar desse entendimento (inclusive cobrado nos concursos públicos), destacamos algumas poucas decisões que permitiram o ingresso do *amicus curiae* em momento seguinte, diante de situações excepcionalíssimas, por exemplo, para garantir a paridade de armas em razão da sensibilidade da matéria (cf. RE 841.526, Rel. Min. Fux, j. 2016) e o primeiro precedente flexibilizando o entendimento: RE 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2015.

Além desses requisitos expressos na lei, a jurisprudência do STF vem estabelecendo que, uma vez admitido o *amicus curiae*, ele passa a ter direito de:

• apresentar sustentação oral I: "... assinalo, por necessário, que, em face da decisão plenária proferida em questão de ordem suscitada na ADI 2.777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso (DJU de 2003), o "*amicus curiae*", uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o art. 131, § 3º do RISTF, na redação conferida pela Emenda Regimental 15/2004" (ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2005. Nesse sentido, cf. ADI 3.540, DJ de 2005; ADI 3.498, DJ de 2005; ADPF 73, DJ de 2005; ADPF 46/DF, DJ de 2005; ADI 3.056, DJ de 2005);

• apresentar sustentação oral II: nesse julgamento da ADI 2.777 o Ministro Sepúlveda Pertence, "... considerando que a Lei 9.868/1999 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelo *amicus curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita" (ADI 2.777, Inf. 331/STF);

• apresentar sustentação oral III: a tese vencedora que admite a sustentação oral pelo *amicus curiae* está consagrada, como visto, no art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental nº 15/2004, com a seguinte redação: "admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do art. 132, § 2º deste Regimento". O caput do art. 132 estabelece que cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos. Já o seu § 2º determina que, se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar;

[176] No mesmo sentido: ADI 4.246, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, j. 2011, DJE de 2011; ADI 4.067-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010, Plenário, DJE de 2010; RE 586.453; ADI 4.214; ADI 3.978; ADI 2.669 etc.

• limites de atuação: porém, conforme anotou o Min. Gilmar Mendes, é preciso deixar enfatizado que o *amicus curiae*, uma vez admitido seu ingresso no processo objetivo, tem direito a ter seus argumentos apreciados pelo Tribunal, inclusive com direito a sustentação oral (Emenda Regimental nº 15/2004, RISTF), mas não tem direito a formular pedido ou de aditar o pedido já delimitado pelo autor da ação (AC 1.362, j. 2006).

Continuando, lembramos que o instituto do *amicus curiae* se consolidou no julgamento da ADI 2.130-MC/SC, no voto do Ministro Celso de Mello (DJ de 2001), pedindo vênia para destacar as suas principais passagens:

• "a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº9.868/1999 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional" (grifamos);

• "... a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº9.868/1999, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade" (grifamos);

• "... entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Reconheço, no entanto, que, a propósito dessa questão, existe decisão monocrática, em sentido contrário, proferida pelo eminente Presidente desta Corte, na Sessão de julgamento da ADI 2.321-DF (medida cautelar)";

• assim, continua o ilustre Ministro, o STF, ao admitir a figura do *amicus curiae*, nas hipóteses previstas na Lei e de acordo com a jurisprudência que se vem firmando, "... não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas

implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação".

6.7.1.16.2 É possível a admissão do "*amicus curiae*" na ADC?

Sim.

Essa questão parece bastante pertinente, especialmente diante do veto do art. 18, § 2º, da Lei nº 9.868/1999.

De fato, na mesma linha do art. 7º, caput, o art. 18, caput, que também não foi vetado, veda a intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

O art. 18, § 2º tinha a mesma redação dada ao art. 7º, § 2º o qual, por sua vez, não foi vetado, nos seguintes termos:

"art. 7º, § 2º, O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Então, temos a seguinte situação: o dispositivo legal que admitia a figura do *amicus curiae* foi vetado para a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), não o sendo para a ADI (ação direta de inconstitucionalidade).

Como poderemos demonstrar melhor no item 6.7.1.17 (Efeitos da decisão), ADI e ADC são ações dúplices ou ambivalentes, ou seja, são ações "com sinais trocados", já que a procedência de uma implica a improcedência da outra.

Essa tendência vinha sendo percebida na jurisprudência do STF (Rcl AgR-QO 1.880 – Inf. 289/STF), estando praticamente consolidada na Reforma do Judiciário, EC nº 45/2004. Isso porque os legitimados para as ações e os efeitos da decisão passaram a ser os mesmos. A única diferença ainda existente está no objeto da ADC, que continua sendo exclusivamente a Lei Federal (diferentemente da ADI, que tem por objeto tanto a Lei Federal como a estadual e a distrital de natureza estadual). Cabe alertar, contudo, que, na PEC Paralela do Judiciário (PEC nº 29-A/2000-SF e 358/2005-CD), o objeto da ADC passa a ser, também, além, da Lei Federal, a estadual e a distrital de natureza estadual, fechando, em definitivo, essa situação de ambivalência. Resta aguardar a sua aprovação.

Diante do exposto, entendemos possível a aplicação, por analogia, da regra que admite o *amicus curiae* na ADI (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999) para a ADC. Portanto, admissível, com as ressalvas já apresentadas, a figura do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade.

Nesse sentido, o próprio Presidente da República já havia se posicionado nas razões do veto do art. 18, § 2º (Mensagem nº 1.674/1999): "o veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por

meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no art. 7º, § 2º".

6.7.1.16.3 Cabe "*amicus curiae*" na ADPF?

Sim.

O art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999 tem a seguinte redação: "poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo".

Dessa forma, observa-se que não há, no caso, dispositivo explícito tratando da figura do *amicus curiae*. Excepcionalmente, entretanto, o STF vem admitindo a sua presença, aplicando, por analogia, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, desde que se demonstrem a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Na ADPF 46/DF, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se pela sua admissibilidade, porém, como exceção à regra geral: "... é possível a aplicação, por analogia, ao processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamental, da Lei nº 9.868/1999, no que disciplina a intervenção de terceiro. Observe-se, no entanto, que a participação encerra exceção..." (DJ de 2005).

Na ADPF 73/DF, o Ministro Relator, Eros Grau, aceitou a figura do *amicus curiae* nos seguintes termos:

"DECISÃO: (Pet SR-STF nº 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 15/2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005" (DJ de 2005).

Portanto, também com as ressalvas já expostas, concordamos que, excepcionalmente e desde que configuradas as hipóteses de cabimento, admitida será a presença do *amicus curiae* na ADPF (nesse sentido, confira: ADPF 205, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, decisão monocrática, DJE de 2011; ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2009, decisão monocrática, DJE de 2009 e, ainda, ADPF 33 e ADPF 183).

6.7.1.16.4 Cabe "*amicus curiae*" na ADO?

Sim.

O art. 12-E, da Lei nº 9.868/1999, incluído pela Lei nº 12.063/2009, determina sejam aplicadas, ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, "as disposições constantes do Capítulo II, Seção I, da Lei nº 9.868/1999".

Assim, uma vez que a previsão do *amicus curiae* para a ADI consta da referida Seção (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999) e sendo compatível com a ação em análise, entendemos perfeitamente possível a admissão de *amicus curiae* na ADO, buscando a pluralização do debate.

Ainda, o art. 12-E, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, estabelece que os demais titulares da ADO poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais, o que, em nosso entender, na medida em que, na hipótese, não propuseram a ação, serão considerados *amicus curiae*.

6.7.1.16.5 Cabe "*amicus curiae*" na IF (representação interventiva)?

Sim.

O art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.562/2011 permite sejam autorizadas, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo, utilizando a mesma nomenclatura ("interessados no processo") do art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999, que fundamenta a possibilidade do *amicus curiae* na ADPF.

Assim, de acordo com os precedentes utilizados para a ADPF, parece razoável aceitar, excepcionalmente, e nos termos do art. 7º, § 2º (ADI), aqui aplicado por analogia, o *amicus curiae* na representação interventiva (art. 36, III).

6.7.1.16.6 Outras hipóteses de cabimento do "*amicus curiae*"

Em interessante trabalho,[177] Gustavo Santana Nogueira, além das situações já analisadas, identifica outras hipóteses de cabimento do *amicus curiae*, não desenvolvidas neste estudo em razão de nosso objetivo, mas que devem ser observadas especialmente para as provas de direito processual civil:

• art. 31, da Lei nº 6.385/1976 – processos de interesse da CVM;

• art. 118, da Lei nº 12.529/2011 – nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida Lei nº 12.529/2011, que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a

[177] NOGUEIRA, Gustavo Santana: *Do amicus curiae.*

repressão às infrações contra a ordem econômica, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente;

• art. 950, § 3º, do CPC (art. 483, § 3º, CPC/1973) – controle difuso de constitucionalidade;

• art. 14, § 7º, da Lei nº 10.259/2001 – no âmbito dos Juizados Especiais Federais.[178]

Podemos lembrar, ainda, duas importantes hipóteses de *amicus curiae* que são brevemente retomadas no estudo da "repercussão geral" (item 11.8.1.3) e da súmula vinculante (item 11.14):

• art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006 – procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF;

• art. 543-A, § 6º, do CPC/1973, introduzido pela Lei nº 11.418/2006 – análise da repercussão geral pelo STF no julgamento do recurso extraordinário (cf. art. 1.035, § 4º, e art. 1.038, I, do CPC).

Finalmente, destacamos uma previsão bastante ampliada do instituto do *amicus curiae* nos termos do art. 138, do CPC, que o admite para as causas em geral, desde que se demonstre a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Além disso, conforme estudaremos no item seguinte, a previsão explícita e geral é de que o *amicus curiae* poderá ser pessoa natural.

6.7.1.16.7 Parlamentar pode ser admitido no processo como "*amicus curiae*"? (Novidade mais ampla introduzida pelo CPC – Lei nº 13.105/2015)

Sim.

Depois de muito pensar, concordamos com importante e arrojada decisão de Edson Alfredo Smaniotto, à época Desembargador do TJDFT e relator nos autos da ADI 2004.00.2.008459-7 (decisão em 2005).

Segundo relata, o parlamentar requer a habilitação no processo como *amicus curiae*, já que foi autor do projeto de Lei objeto da ADI, o que, em certa medida, como representante de determinada categoria, por si, uma vez demonstrada a relevância da matéria, já seria suficiente para a sua admissão no processo enquanto "amigo da corte".

Em suas palavras, avançando "numa análise mais aproximada, tem-se que o postulante, parlamentar, foi designado por via eleitoral para desempenhar função política na democracia representativa sobre a qual se funda o regime democrático instituído no país

[178] Em interessante decisão, o STF admitiu o *amicus curiae* nessa hipótese dos Juizados, e, inclusive, no próprio âmbito do STF (cf. Inf. 402/STF, RE 416.827/SC e 415.454/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005).

(art. 1º, CF/1988), e nesta condição, desenvolve e materializa a cidadania e o direito de representatividade do povo, verdadeiro titular do poder. Sua postulação no processo se dará *erga omnes*".

Assim, em nosso entender, desde que fique demonstrado que o parlamentar atua como "representante ideológico" de uma coletividade (representatividade adequada), e não em busca de interesse individual egoístico, perfeitamente possível a sua admissão como *amicus curiae* (o tema precisa ser mais bem explicitado pelo STF – pendente).[179]

Cabe apenas alertar, contudo, que o STF não vem admitindo o ingresso de pessoa física como *amicus curiae*, destacando-se, nesse sentido, o voto do Min. Cezar Peluso na ADI 4.178/GO:

"... 4. Não assiste razão ao pleito de [...], que requerem admissão na condição de *amicus curiae*. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros "órgãos ou entidades" como medida excepcional".

Finalmente, devemos deixar consignado que o Novo Código de Processo Civil, aprovado, em uma visão mais ampla, passa a admitir a pessoa física como *amicus curiae*, nos seguintes termos:

"Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas".

6.7.1.16.8 Natureza jurídica do "*amicus curiae*"

Do ponto de vista burocrático, o STF, ao fazer a anotação no processo e indicar o andamento na Internet, aponta o *amicus curiae* como "parte interessada".

---

[179] Cf. a admissão do então Senador da República, Pedro Taques, como *amicus curiae* no julgamento do MS 32.033 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2013), apesar de haver jurisprudência firme da Corte no sentido da não admissão do referido instituto do "amigo da corte" nas ações de mandado de segurança (MS 29.192, j. 2014).

O Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 2.581 AgR/SP, chegou a afirmar que o *amicus curiae* atua como "colaborador informal da Corte", não configurando, "... tecnicamente, hipótese de intervenção ad *coadjuvandum* (AGRADI 748-RS, Celso de Mello, DJ de 1994). Assim, como mero colaborador informal, o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta" (DJ de 2002).

No julgamento do RE 602.584 (2018), o Colegiado reafirmou não ser parte o *amicus curiae*, mas um agente colaborador. "Portanto, sua intervenção é concedida como privilégio, e não como uma questão de direito. O privilégio acaba quando a sugestão é feita" (Inf. 920/STF).

O Ministro Celso de Mello, conforme destacamos no julgamento da ADI 2.130, referiu-se a uma "intervenção processual".

O art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental nº 15/2004, passou a admitir uma declarada hipótese de intervenção de terceiros.

É claro que a sua natureza jurídica é distinta das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, até em razão da natureza do processo objetivo e abstrato do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, por todo o exposto, parece razoável falarmos em uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros, inerente ao processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, com características próprias e muito bem definidas.

Por esse motivo, a previsão no CPC deve ser interpretada nos termos acima apresentados, "temperando" a posição topológica do instituto: Livro III ("Dos sujeitos do processo"); Título III ("Da intervenção de terceiros"); Capítulo V ("Do *amicus curiae*").

6.7.1.16.9 "*Amicus curiae*" pode interpor recurso?

Não.

O *amicus curiae*, por se tratar de terceiro estranho à relação processual, não pode interpor recurso, impugnando o acórdão proferido nas ações de controle concentrado, para discutir a matéria em análise no processo objetivo perante o STF (apenas deixamos a informação que o art. 138, § 3º, do CPC estabelece que o *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR).

E em face da decisão que admite ou rejeita a sua intervenção?

Conforme visto, a Lei (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 e art. 138, do CPC) estabelece que o relator poderá, por despacho irrecorrível (na verdade é uma decisão), admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Duas correntes surgiram: a) a irrecorribilidade prevista na Lei seria apenas se a decisão fosse no sentido de "admitir"; b) a irrecorribilidade seria tanto se a decisão admitisse ou não o ingresso do *amicus curiae*.

Em um primeiro momento, vários precedentes no STF admitiam a interposição do recurso de agravo interno (art. 1.021, do CPC) na hipótese de indeferimento do ingresso (cf.: ADI 3.105 ED, ADI 3.934 ED-AgR, ADI 3.615 ED, ADI 2.591 ED, ADI 5.022 AgR).

A matéria começou a ser revista no julgamento da ADI 3.396-ED (empate em 5 x 5 quando, em 2016, o processo foi suspenso para o voto de desempate da Min. Cármen Lúcia – pendente). Em 2018, contudo, verificou-se verdadeira viragem jurisprudencial, passando a Corte a não mais admitir a interposição de recurso tanto no caso de admissão como no de indeferimento (RE 602.584).

Dentre os argumentos a justificar o novo posicionamento podemos destacar a própria essência de colaborador da Corte, assim como a dita vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria. Conforme vimos, o art. 138, do CPC "é explícito no sentido de conferir ao juiz competência discricionária para admitir ou não a participação, no processo, de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, e de não admitir recurso contra essa decisão" (Inf. 920/STF).

Outro ponto a justificar a nova orientação seriam os "possíveis prejuízos ao andamento dos trabalhos da Corte decorrentes da admissibilidade do recurso, sobretudo em processos em que há um grande número de requerimentos de participação como *amicus curiae*".

6.7.1.16.10 Audiências públicas

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º, e art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999).

Além da atribuição fixada ao relator (art. 21, XVII, do RISTF), nos termos do art. 13, XVII, do RISTF, compete ao Presidente do STF convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal, o que nos permite afirmar que a previsão não se resume aos processos de ADI, ADC e ADPF.

Nesse particular, interessante destacar a primeira audiência pública realizada no Brasil, em processo jurisdicional de controle concentrado de constitucionalidade, na data de 20.04.2007, em cumprimento ao preceituado no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 (portanto, quase 8 anos após a sua previsão na referida lei).

Tratava-se da ADI 3.510, proposta pelo PGR, contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. Conforme aprofundamos no item 14.10.1.2, o STF entendeu, por 6 x 5, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, nem mesmo a dignidade da pessoa humana, julgando, assim, improcedente o pedido formulado na ação.

Outras audiências públicas foram verificadas (vide plataforma).[180]

6.7.1.17 Efeitos da decisão (ADI genérica)

A ação em comento tem caráter dúplice ou ambivalente, pois, conforme estabelece o art. 24, da Lei nº 9.868/1999, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, no mesmo passo, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Em outras palavras: a procedência de uma implica a improcedência da outra (ações com "sinais trocados" – cf. a perspectiva gráfica dessa ambivalência no item 6.7.2.5).

De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou Lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo.

No entanto, acompanhando o direito alemão e o português, entre outros, o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, introduziu a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Nesse sentido, ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Ou seja, diante de tais requisitos, o STF poderá dar efeito *ex nunc*.[181]

---

[180] As audiências públicas podem ser acompanhadas no site do STF. Os temas discutidos, sem dúvida, destacam-se para as provas de concursos.

[181] "Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade, da Lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "*in concreto*" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira: *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o supremo tribunal federal*.

Além da eficácia contra todos (*erga omnes*), já comentada, o parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.868/1999 dispõe que a decisão também terá efeito vinculante.

Em um primeiro momento, antes da posição firmada na jurisprudência do STF e das novidades trazidas pela EC nº 45/2004, tínhamos o entendimento de que esse dispositivo deveria ser interpretado acompanhando o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que dizia ser tal vinculação possível somente nos casos em que, em tese, seria cabível a ADC, devendo o STF assim se pronunciar, sob pena de se dizer mais do que a Constituição estabeleceu.[182]

Em relação ao tema, contudo, concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Maurício Corrêa, relator – que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Município de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADI 1.662-SP por falta de legitimidade ativa *ad causam* do reclamante –, o STF, por maioria (8 x 3, vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio), declarou a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, considerando que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) consubstancia uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice, sendo os seus efeitos, portanto, semelhantes.[183] Essa interpretação, como veremos a seguir, foi expressamente consagrada com a Reforma do Judiciário, EC nº 45/2004, ao dar nova redação ao art. 102, § 2º, da CF/1988.

Logo, para as provas de concurso, adotar o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, em abstrato, em tese, marcada pela generalidade, impessoalidade e abstração, faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (RTJ 147/31, Rel. Min. Celso de Mello), tornando os atos inconstitucionais nulos e, por consequência, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, com alcance, de modo vinculado e para todos, sobre os atos pretéritos, fazendo com que, para se ter uma ideia da amplitude desses efeitos, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade do referido ato normativo que tenha "revogado" outro ato normativo (nossa análise neste ponto refere-se à ADI perante o STF, de

---

[182] "A EC nº 3/1993... ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de Lei Federal, prescreveu que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada –, "produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo...". A partir daí, é mais que razoável sustentar que, quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade. E, onde haja eficácia vinculante, caberá reclamação para assegurá-la" (Rcl 621/RS, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1996. Vide também voto em ADCQO-1). Segundo David Araújo e Serrano Nunes, de maneira mais restritiva, referidos efeitos vinculantes só caberiam à ADC, concluindo nos seguintes termos: "portanto, entendemos que o dispositivo só poderia ser aplicado às ações declaratórias de constitucionalidade, não podendo se estender às ações diretas de inconstitucionalidade, por ausência de efeito vinculante no texto constitucional (o que ocorre com a declaratória)" (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*).

[183] Cf. Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2002, e Inf. 289/STF de 2002.

Lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital, desde que no exercício da competência estadual) provoque o restabelecimento do ato normativo anterior. Os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, podem ser assim resumidos:

• *erga omnes*;

• *ex tunc*;

• vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

Excepcionalmente, porém, como exceção à regra geral do princípio da nulidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria qualificada de 2/3 de seus Ministros,[184] restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Excepcionalmente, então, os Ministros do STF poderão restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, na hipótese específica e desde que preencha os requisitos formal (*quorum* qualificado de 2/3) e material (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), serão:

• *erga omnes*;

• *ex nunc*; ou outro momento a ser fixado pelos Ministros do STF, podendo a modulação ser em algum momento do passado, no momento do julgamento, ou para o futuro (efeito prospectivo);

• vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

Alertamos que não há necessidade de suspensão da execução, da Lei ou ato normativo declarado inconstitucional, por decisão definitiva do STF, por meio de resolução do Senado Federal no controle concentrado. Isso porque o art. 52, X, da CF/1988 só se aplica ao controle difuso.[185] (CUIDADO: essa perspectiva deve ser reanalisada à luz da nova realidade, qual seja, o reconhecimento pelo STF da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988 conforme explicamos no item 6.6.5.5, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, no sentido de que, tanto no controle difuso como no controle concentrado, o papel do Senado Federal seria

---

[184] 2/3 de 11 Ministros equivalem a (2 × 11) ÷ 3 = 7,333... Como o art. 27, da Lei nº 9.868/1999 falou em *quorum* de 2/3, deve ser entendido no mínimo 2/3. Arredondando o resultado para baixo, teríamos um número inferior a 2/3. Logo, devemos arredondá-lo para cima, e o *quorum* será de pelo menos 8 Ministros, lembrando o *quorum* de instalação da sessão de julgamento, também de 8 Ministros (art. 22, da Lei nº 9.868/1999).

[185] Cf. RTJ 151/331. De acordo com as anotações jurisprudenciais de Luís Roberto Barroso, "ainda no regime constitucional anterior, o STF, no julgamento do Processo Administrativo 4.477/72, estabeleceu o entendimento de que a comunicação ao Senado (acrescente-se, art. 52, X, da CF/1988), somente é cabível na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade, isto é, na apreciação de caso concreto. No controle por via principal concentrado, a simples decisão da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia, da Lei ou ato normativo" (STF, DJU de 1977 – grifamos).

para dar mera publicidade à decisão, sendo que o efeito *erga omnes* e vinculante decorreria da própria decisão do STF).

No tocante ao controle concentrado, para sedimentar, transcrevemos a regra trazida no art. 102, § 2º, da CF/1988, constitucionalizando, de uma vez por todas, o caráter dúplice ou ambivalente da ADI e da ADC: "§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Conforme vimos no item 6.7.1.8, o efeito vinculante atinge somente o Judiciário e o Executivo,[186] não se estendendo para o Legislativo no exercício de sua função típica de legislar (nem atingindo, conforme sugerimos, as funções atípicas normativas tanto do Judiciário como do Executivo, quando, por exemplo, o Presidente da República edita uma medida provisória). O Legislativo poderá, inclusive, editar nova Lei em sentido contrário à decisão do STF em controle de constitucionalidade concentrado ou edição de súmula vinculante. Entendimento diverso significaria o "inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição" (cf. Rcl 2.617, Inf. 386/STF).

Nesse sentido, no tocante à não vinculação ao legislador ao editar uma Lei com conteúdo idêntico àquela objeto da ADI, contra esse novo ato normativo não caberá reclamação constitucional sob o argumento de violação à tese jurídica firmada na ação de controle concentrado (mesmo que admitida a tese da transcendência dos motivos determinantes), devendo, no caso, ser proposta uma nova ADI, em razão do novo objeto.

6.7.1.17.1 Princípio da parcelaridade

O princípio da parcelaridade aplica-se ao controle concentrado. Isso significa que o STF pode julgar parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, expurgando do texto legal apenas uma palavra, uma expressão, diferentemente do que ocorre com o veto presidencial, como veremos ao estudar o processo legislativo (art. 66, § 2º, da CF/1988).

Isso porque, e já adiantando a matéria, o Presidente da República, ao vetar determinado projeto de Lei (controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, realizado pelo Executivo), poderá fazê-lo integralmente (veto de todo o projeto de lei) ou parcialmente; nesta última hipótese, porém, o veto só poderá ser de texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2º, da CF/1988).

---

[186] Cf. Decreto nº 2.346/1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais.

Por outro lado, o Judiciário, ao realizar o controle posterior ou repressivo de constitucionalidade, poderá expungir do texto normativo uma expressão, uma só palavra, uma frase, não havendo necessidade de declarar inconstitucional um texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea, como acontece com o controle realizado pelo Chefe do Executivo.

Trata-se de interpretação conforme com redução de texto, verificada, por exemplo, na ADI 1.227-8, suspendendo a eficácia da expressão "desacato" do art. 7º, § 2º, do Estatuto dos Advogados.

6.7.1.17.2 Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

Muitas vezes, o STF pode declarar que a mácula da inconstitucionalidade reside em determinada aplicação, da Lei, ou em dado sentido interpretativo. Neste último caso, o STF indica qual seria a interpretação conforme, pela qual não se configura a inconstitucionalidade.

Importante notar que em hipótese alguma poderá o STF funcionar como legislador positivo. A interpretação conforme só será admitida quando existir um espaço para a decisão do Judiciário, deixado pelo Legislativo. A interpretação não cabe quando o sentido da norma é unívoco, mas somente quando o legislador deixou um campo com diversas interpretações, cabendo ao Judiciário dizer qual delas se coaduna com o sentido da Constituição. O Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, deve sempre atuar como legislador negativo, sendo-lhe vedado, portanto, instituir norma jurídica diversa da produzida pelo Legislativo.

6.7.1.17.3 Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Necessidade de impugnação de todo o "complexo normativo"

O controle concentrado por meio da ADI é marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração e faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (RTJ 147/31, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade reconhece a nulidade dos atos inconstitucionais e, por consequência, a inexistência de qualquer carga de eficácia jurídica. Assim, dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que tenha "revogado" outro ato normativo (nossa análise neste ponto refere-se à ADI perante o STF, de Lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital, desde que no exercício da

competência estadual) provoca o restabelecimento do ato normativo anterior, quando a decisão tiver efeito retroativo.

O STF vem utilizando a expressão "efeito repristinatório" (cf. ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rel. Min. Celso de Mello, Inf. 224/STF) da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, se a Lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente "revogada" continua tendo eficácia. Eis o efeito repristinatório da decisão.

Não se pode confundir (embora o STF utilize sem muito critério as expressões) "efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade" com "repristinação da norma". No primeiro caso temos o restabelecimento, da Lei anterior porque, se a Lei objeto do controle é inconstitucional e, assim, nula, ela nunca teve eficácia, portanto, nunca revogou nenhum outro ato normativo. No segundo, qual seja, na repristinação, nos termos do art. 2º, § 3º, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – DL nº 4.657/1942),[187] salvo disposição em contrário, a Lei revogada não se restaura por ter a Lei revogadora perdido a vigência, ou seja, precisa de pedido expresso desta terceira Lei (que revoga a Lei revogadora, da Lei inicial).

Avançando essa regra geral do efeito repristinatório, contudo, podemos estar diante de situação de revogação da norma anterior mesmo que o STF reconheça a inconstitucionalidade de determinada norma posterior.

Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, podendo ser dado efeito *ex nunc*, ou a partir de outro momento que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ocorrendo a modulação dos efeitos da decisão, nesse caso, parece-nos que a Lei (objeto do controle) vai sim ter a eficácia de revogar a Lei anterior. Isso porque, se a decisão reconhece efeitos da referida norma, temos de aceitar a sua existência, validade e, durante o período que o STF determinar, a sua eficácia, gerando, dentre tantos efeitos, a natural revogação de Lei em sentido contrário ou se expressamente assim estabelecer.

Por fim, destacamos um aspecto formal importante. Se o legitimado ativo da ADI objetivar que a Suprema Corte analise a inconstitucionalidade, da Lei que vai voltar a produzir efeitos (em razão do efeito repristinatório da decisão), terá de, expressamente, fazer

---

[187] Como nosso leitor atento tem conhecimento, o Decreto-lei nº 4.657/1942 introduziu em nosso ordenamento a então denominada LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), que, à época, já extrapolava o direito civil, seja por regular a validade, eficácia, vigência, interpretação, revogação das normas, seja por definir conceitos amplos como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, seja, de modo geral, por apresentar um inegável caráter universal, aplicando-se aos demais "ramos" do direito. Por esse motivo, a Lei nº 12.376/2010 passou a denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mantendo intacto o seu conteúdo.

o pedido de apreciação da referida lei, sob pena de o STF não poder, de ofício, apreciá-la e, para piorar, não conhecer da ação direta ajuizada. Nesse sentido:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: efeito repristinatório: norma anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade" (ADI 2.574, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2002, DJ de 2003. No mesmo sentido, cf. ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2006, DJ de 2007).

Por todo o exposto, fica claro que, em eventual controle normativo abstrato a ser instaurado, deverá haver a impugnação de todo o "complexo normativo", de toda a "cadeia normativa", tanto as normas revogadoras como as revogadas.

E qual o limite temporal de impugnação da cadeia normativa?

De acordo com o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.660, a necessidade de indicação dos atos que compõem a "cadeia normativa" se limita até o advento da nova Constituição. Pedimos vênia para transcrever a importante passagem de seu voto:

"... é preciso levar em conta que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais (ADI nº 2, Rel. Paulo Brossard, DJ de 1992). Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo princípios de direito intertemporal (*lex posterior derogat priori*). Assim, conjugando ambos os entendimentos professados pela jurisprudência do Tribunal, a conclusão não pode ser outra senão a de que a impugnação deve abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988" (voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.660, j. 2008, Plenário, DJE de 2008).

6.7.1.17.4 Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade[188]

6.7.1.17.4.1 Coisa julgada "inconstitucional". S. 343/STF. Rescisória (art. 966, V, CPC)

[188] Todo o conteúdo deste item 6.7.1.17.4 foi retirado, com algumas adaptações, de LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

COLISÃO		
• Segurança jurídica • Autoridade do Poder Judiciário • Estabilidade das relações sociais	X	• Força normativa da Constituição • Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais • Isonomia: a aplicação assimétrica viola um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema

De modo geral, vimos, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado tem efeitos retroativos (*ex tunc*), declarando-se a nulidade, da Lei.

Pode ser afirmado, então, por regra, que a Lei inconstitucional nunca produziu efeitos, até porque a sentença declaratória restitui os fatos ao *status quo ante*. Esse reconhecimento gera diversas consequências.

Uma primeira seria o "efeito repristinatório", já estudado.

Outra consequência seria a conveniência, aprimorada pelo STF, de se aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão diante de situações particulares, especialmente se reconhecidas por decisões judiciais transitadas em julgado.

Nesse contexto, há necessidade de se respeitar a coisa julgada, exceto na hipótese de matéria penal (art. 5º, XL, da CF/1988), que, a qualquer tempo, permite a revisão criminal (veja que neste caso já houve pelo constituinte originário uma "ponderação de interesses").

Assim, expressamente, o texto não faz outra ressalva, tendo erigido a coisa julgada como valor fundamental.

Processualmente, a sua desConstituição deve seguir a regra processual, qual seja, pela utilização da ação rescisória dentro do prazo decadencial de 2 anos, sendo que, findo tal prazo, fala-se em coisa soberanamente julgada, não mais podendo a matéria ser revista.

Podem ser lembradas, contudo, técnicas de "relativização" ou, utilizando uma terminologia mais adequada, de "desConstituição" da coisa julgada. Vejamos:

• a decisão transitada em julgado se funda em Lei que vem a ser, em momento posterior, declarada inconstitucional;

• a decisão transitada em julgado afronta outros valores da Constituição (cf. item 6.7.1.17.4.4).

No primeiro caso, estamos diante da denominada "sentença inconstitucional",[189] qual seja, aquela que considera Lei válida e que, por decisão futura do STF, em controle concentrado, vem a ser declarada inconstitucional, ou o contrário.

Nessas hipóteses, parece razoável que se aceite o ajuizamento de ação rescisória, nos termos do art. 966, V,[190], do CPC, lembrando, do ponto de vista formal, o entendimento do

[189] Para uma interessante crítica terminológica, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material.*

[190] No revogado CPC/1973, o fundamento para a ação rescisória, nessa hipótese, era o art. 485, V, que falava em violar literal disposição de lei. Barbosa Moreira, na linha de interpretação já sustentada por Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários ao código de processo civil* e *Tratado da*

STF que exige a juntada de (novo) instrumento de mandato específico, mesmo que conste esse poder no mandato originário, já que estaremos diante de ação autônoma e com caráter excepcional (nesse sentido, cf. AR 2.236-ED, AR 2.239-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2010, Plenário, DJE de 2010; e AR 2.156, AR 2.183 e AR 2.202, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2010).

Para este estudo, sustentamos que o cabimento da rescisória dar-se-á tanto no caso de declaração de constitucionalidade como no de inconstitucionalidade em controle concentrado, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*, em razão do efeito dúplice ou ambivalente das ações. A inconstitucionalidade da sentença está na desconformidade de interpretação dada à lei.[191]

Contudo, deverá ser respeitado o prazo decadencial de 2 anos para o seu ajuizamento e, ainda, a controvérsia sobre a matéria deverá ser necessariamente constitucional e não meramente infraconstitucional, para, desta feita, afastar a incidência da S. 343/STF.[192]

Transcorrido *in albis* o prazo decadencial de 2 anos sem o ajuizamento da ação rescisória, não mais se poderá falar em desConstituição da coisa julgada individual pela técnica da ação rescisória, mesmo que em controle concentrado venha a ser declarada a inconstitucionalidade de Lei com efeitos *ex tunc*.

Segundo Gilmar Mendes, trata-se de "... proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das fórmulas de preclusão". E completa, com bastante propriedade: "... somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação".[193]

Esse tema já foi discutido pelo STF no AI 460.439 AgR/DF (Inf. 397 e 436/STF, DJ de 2007, Ata nº 6/2007) e na Rcl 2.600 (Inf. 440/STF, DJ de 2007), sendo acatada a tese de afastamento da S. 343/STF sem, todavia, ser resolvida a questão da contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória.

A discussão sobre essa problemática foi iniciada no julgamento da Rcl 2.600, em *obiter dictum*, porém o STF, naquele momento, não chegou a enfrentar o prazo para o ajuizamento da rescisória.

---

ação rescisória.), defendia que "lei" deveria ser interpretada em sentido amplo, compreendendo, portanto, além das espécies normativas do art. 59, da CF/1988, a própria Constituição (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa: C*omentários ao código de processo civil*).

[191] Em sentido contrário, restringindo o cabimento da ação somente na hipótese de superveniente declaração de inconstitucionalidade (procedência da ADI ou improcedência da ADC), cf. GRINOVER, Ada Pellegrini: *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*.

[192] Súmula 343/STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

[193] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle concentrado de constitucionalidade*.

Para este estudo, entendemos, do ponto de vista doutrinário (posicionamento assumido em nossa tese de doutorado, USP), que o prazo decadencial tem de ser contado do trânsito em julgado da decisão individual e foi adotado pela jurisprudência do STF, como se observa abaixo, em julgamento posterior ao da Rcl 2.600 (mas antes da vigência do CPC).[194]

Adotar o cabimento da rescisória a partir da nova posição do STF transitada em julgado, em nosso entender, por se tratar de decisão futura e incerta e que poderia ocorrer após vários anos do trânsito em jugado da decisão individual, caracterizaria uma indesejável perpetuação da "espada de Dâmocles"[195] e violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e autoridade das decisões do Poder Judiciário.

Isso posto, a única maneira de se desconstituir a coisa julgada após o prazo decadencial da ação rescisória será por outra técnica, qual seja, a da desconsideração à luz do princípio da proporcionalidade e limitada às sentenças que ferirem outros valores constitucionais de igual hierarquia ao da segurança jurídica e estabilidade das decisões e ficar reconhecido, nessa ponderação de interesses, que devam ser afastados. O cabimento de rescisória, enfatize-se, deve respeitar, necessariamente, o prazo decadencial de 2 anos.

Esse nosso entendimento fica fortalecido com a decisão proferida no RE 328.812-ED (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2008, DJE de 2008 e Inf. 497/STF). Segundo o voto do Min. Gilmar Mendes, relator, a controvérsia de interpretação de Lei é muito diferente da controvérsia de interpretação constitucional, tendo em vista que nas decisões proferidas pelo STF se verifica uma particular forma de concretização constitucional.

Assim, diante da colisão verificada (vide quadro no início deste item), deve-se optar, nessa ponderação de valores, pela preservação da força normativa da Constituição, do princípio da máxima efetividade das normas e da ideia de isonomia, já que a aplicação assimétrica de decisões da corte significaria uma insuportável instabilidade (mais grave que

---

[194] O CPC, para a hipótese dos embargos rescisórios (cf. item 6.7.1.17.4.3), adotou como marco temporal para o ajuizamento da ação rescisória o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF, o que entendemos flagrantemente inconstitucional, como discutiremos no referido item (cf. art. 525, § 15, e art. 535, § 8º, do CPC).

[195] Esta passagem foi recontada por James Baldwin e consiste na história de um rei, chamado Dionísio, que governava Siracusa, a cidade mais rica da Sicília, no século IV a.C. O monarca tinha um amigo chamado Dâmocles, que sempre invejou a sua riqueza e poder. Depois de tanto atormentá-lo, Dionísio, um dia, resolveu trocar de lugar com Dâmocles. Este, dizendo estar vivendo o dia mais feliz de sua vida, foi levado ao palácio e se deleitou com tanta luxúria. Sentado à mesa, com farta comida, bebida e mordomias, Dâmocles percebeu que sob a sua cabeça pendia uma afiada espada, presa por um único fio de pequeníssima espessura e colocada por Dionísio. Paralisado, Dâmocles não conseguia se mover sob a ameaça de qualquer movimento mais brusco romper o frágil fio. Foi aí que Dionísio lhe mostrou que a riqueza e o poder trazem, ínsitos a eles, o eterno perigo. Sempre sobre a sua cabeça, anotou o monarca, pende uma espada, com lâminas afiadíssimas, havendo o risco, a qualquer momento, de se romper. Dâmocles, então, assustadíssimo, nunca mais quis trocar de lugar com o rei. Assim, a expressão "a espada de Dâmocles" significa "um eterno, iminente, ameaçador e incerto perigo sobre a vida de alguém". No contexto da coisa julgada, a possibilidade incerta e permanente de reabertura do processo, gerando a inconveniente angústia de o processo ser reaberto a qualquer momento, causando desconcertante insegurança jurídica, é, sem dúvida, uma combatida "espada de Dâmocles". Interessante a utilização desta expressão por José Afonso da Silva ao comentar o art. 18, da Lei da Ação Popular, que permite a reabertura do processo em caso de julgamento por "deficiência probatória". Em suas palavras, "... é uma sentença que não atua o direito objetivo. Deixa em suspenso a lide, como uma espada de Dâmocles pendente sobre o réu" (SILVA, José Afonso da: *Ação popular constitucional*).

a instabilidade gerada pela ação rescisória) e, consequentemente, um fortalecimento das decisões dos tribunais inferiores em relação ao STF, que é o intérprete máximo da Constituição e que, por último, fixa a sua força normativa.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes deixa muito claro que o prazo decadencial de 2 anos deverá ser respeitado, fortalecendo, assim, a nossa posição teórica, defendida anteriormente.[196]

6.7.1.17.4.2 Explicitação da amplitude da S. 343/STF. "*Leading case*": RE 590.809 (j. 2014). Revogado CPC/1973 e CPC

O tema em análise, especialmente a amplitude da S. 343/STF, veio a ser rediscutido pelo STF no julgamento do RE 590.809 (2014).

No caso concreto, analisava-se a possibilidade de ação rescisória em razão de mudança de entendimento pela Corte sobre matéria constitucional. O acórdão que estava em discussão consolidou, em 2004, o entendimento de que o contribuinte tem o direito aos créditos presumidos de IPI quando da aquisição de insumos e matérias-primas isentos, não tributados e sujeitos à alíquota zero.

Essa tese firmada, favorável ao contribuinte, vigorou até 2007, destacando-se o seguinte precedente: RE 212.484, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 1998, Plenário, DJ de 1998 (cf., também: RE 350.446/PR; RE 353.668/PR e RE 357.277/RS).

Em 2007, contudo, o STF alterou diametralmente o seu posicionamento e passou a decidir no sentido de não mais se reconhecer o direito ao referido crédito. Essa mudança de interpretação, naturalmente, beneficiou a Fazenda Pública, contrariando os interesses dos contribuintes.[197]

A partir dessa nova posição, a Fazenda Pública iniciou um trabalho judicial objetivando a cobrança de valores não recolhidos, muitos amparados por sentenças judiciais transitadas em julgado, mediante o ajuizamento de ação rescisória, com base no art. 485, V, CPC/1973 (isso porque estamos nos referindo a ações propostas antes do advento, do CPC), sustentando o afastamento da S. 343/STF, conforme vimos no item anterior.

O STF, por maioria, contudo, no tocante ao entendimento que até então vigorava no sentido de não aplicar a referida súmula, firmou um novo direcionamento, resgatando a aplicação da S. 343/STF e, assim, não mais admitindo, pura e simplesmente, a rescisória pelo fato de ter havido mudança em sua jurisprudência.

---

[196] LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes*.

[197] Nesse sentido, consolidando o novo entendimento, cf.: RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2007, Plenário, DJE de 2008 e RE 370.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, Plenário, DJE de 2007.

Basicamente, procurou-se não banalizar o direito fundamental da coisa julgada,[198] destacando-se os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais e, assim, nos termos das situações fáticas do caso concreto, a manutenção da S. 343/STF e, portanto, o afastamento da rescisória, preservando-se o acórdão rescindendo mesmo diante da alteração do entendimento da Corte. Vejamos parte do voto do Relator e a ementa do acórdão:

"A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no art. 485, do CPC/1973, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada" (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

"EMENTA: "AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões "ação rescisória" e "uniformização da jurisprudência". AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbete nº 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda" (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Estamos diante de preocupação muito evidente no Novo Código de Processo Civil, que teve o cuidado de encontrar instrumentos para uma maior valorização dos precedentes, propugnando não somente pela estabilidade da jurisprudência, mas, especialmente, por sua integridade e coerência, verdadeiros vetores principiológicos a partir de uma concepção de dignidade da pessoa humana, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (cf. art. 926, caput,[199] e art. 927, § 3º e § 4º,[200] e aprofundamento no item 6.6.5.6).

---

[198] Para Streck, a "relativização da coisa julgada" pode ser caracterizada como um exemplo do que denominou "predadores internos do direito" (STRECK, Lenio Luiz: *Verdade e consenso*).

[199] Art. 926, CPC: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

[200] Art. 927, § 3º, CPC: "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos

Tem-se, por conseguinte, uma inegável valorização do entendimento firmado na S. 343/STF que afasta o uso irracional da rescisão de decisões transitadas em julgado.

Além da argumentação de que o entendimento foi estabelecido na linha da jurisprudência da Corte que prevalecia quando de sua prolação e de não servir a ação rescisória como mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição, lendo o acórdão em análise, inclusive a sua ementa, parece que o STF também adota a perspectiva por nós sugerida no âmbito acadêmico (nossa tese de doutorado – USP) no sentido de só se permitir a rescisória da decisão concreta anterior se o novo posicionamento tiver sido firmado em ação de controle concentrado com efeito *erga omnes* e vinculante e dentro do prazo decadencial de 2 anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão individual (o que também pode ser observado em razão de edição de súmula vinculante a reconhecer a nulidade do ato normativo que fundamentou a decisão de mérito transitada em julgado).

Esse entendimento, naturalmente, não poderá ser o mesmo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, mesmo na hipótese de edição de resolução pelo Senado Federal.

Isso porque, no controle difuso, conforme vimos, os efeitos da decisão operam para as partes do processo, e, no caso da resolução do Senado Federal, os seus efeitos serão para o futuro (*ex nunc*) e atingirão, então, em razão da suspensão *erga omnes*, apenas as decisões sem trânsito em julgado.

No controle concentrado, por outro lado, ou mesmo em razão de edição de súmula vinculante, reconhecendo-se a nulidade do ato normativo, os efeitos serão para todos e, por regra, com efeito retroativo.

Neste caso, diferentemente do controle difuso, conforme sustentamos, não se trata de eficácia natural da sentença *erga omnes*, que, em tese, poderia ser afastada pela demonstração de prejuízo jurídico individual. No fundo, trata-se de extensão *erga omnes* da coisa julgada, *pro et contra*, e mesmo sem a participação de terceiros, até porque forte é a ideia de substituição processual da coletividade pelos legitimados do art. 103, da CF/1988.

Analisando o CPC, percebemos uma melhora na redação do dispositivo a justificar o cabimento da ação rescisória conforme se observa pelo quadro abaixo:

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973	**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015**
• Art. 485, V: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei".	• Art. 966, V: "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar manifestamente norma jurídica".

No CPC, não houve explicitação sobre a técnica em análise, mas, sem dúvida, entendemos ainda cabível o mecanismo de desConstituição da coisa julgada se houver

observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

mudança na jurisprudência do STF e definição do novo sentido da norma jurídica constitucional a traduzir a força normativa da Constituição.

Devemos deixar bem claro o que dissemos acima também para o CPC: concordamos com a posição do STF no precedente em análise de só admitir a utilização da rescisória, como técnica de desConstituição, em situações excepcionalíssimas e se a mudança de interpretação se deu em controle concentrado ou em razão de edição de súmula vinculante. Jamais podemos pensar o afastamento da S. 343/STF (e, no caso, admitir a rescisória), em razão de alteração da interpretação dada à Lei ou ao ato normativo em controle difuso de constitucionalidade, como no julgamento de recursos extraordinários, mesmo nas hipóteses daqueles definidos como "repetidos" (art. 1.036 e segs., do CPC). Isso porque, conforme explicitamos no item 6.6.5, o STF não adotou a tese da abstrativização do controle difuso.

Apesar desse nosso entendimento, contrário ao que sustentamos, o legislador deixou clara essa possibilidade e o fez quando acrescentou os art. 966, § 5º e § 6º, do CPC, nos termos, da Lei nº 13.256/2016 (tema pendente de análise específica pelo STF).

Passamos, em seguida, a analisar o instrumento dos "embargos rescisórios", com as novidades introduzidas pelo CPC. Vejamos.

6.7.1.17.4.3 Art. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, do revogado CPC/1973: "embargos rescisórios". Como ficou no CPC (art. 525, § 12 ao § 15, e art. 535, § 5º ao § 8º)?

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CPC/1973	**DO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL RTA CPC**
Art. 475-L: "A impugnação somente poderá versar sobre: II – inexigibilidade do título. § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em Lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação, da Lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".	Art. 525, § 1º: "Na impugnação, o executado poderá alegar: III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em Lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação, da Lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13 No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica. § 14 A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. § 15 Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal".
DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA CPC/1973	**DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL RTA PELA FAZENDA PÚBLICA CPC**
Art. 741. "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: II – inexigibilidade do	Art. 535. "A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de

título. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em Lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação, da Lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".	30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em Lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação, da Lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica. § 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. § 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal".

Agora, podemos analisar a regra contida nos art. 741, parágrafo único (redação dada pela Lei nº 11.232/2005, assim como a redação que lhe conferia a MP nº 2.180-35), e 475-L, § 1º, ambos do revogado CPC/1973, para, em seguida, analisar o CPC.

Por um lado, poder-se-ia dizer que a novidade é inconstitucional, por violação ao princípio da segurança jurídica e ao da autoridade do Poder Judiciário. Mas essa argumentação parece enfraquecer-se diante da solução conferida pelo STF em relação à colisão apontada.

Por outro lado, podemos afirmar ser a ação rescisória a única técnica processual estabelecida no sistema brasileiro para, de maneira legítima, desconstituir a coisa julgada, havendo, inclusive, previsão em vários dispositivos, da CF/1988 (cf. art. 102, I, "j"; art. 105, I, "e"; art. 108, I, "b", e art. 27, § 10, do ADCT).

Em nosso entender, referidos dispositivos legais (os art. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, do CPC/1973) não tratam de "relativização" imoderada ou da hipótese de "desConstituição pelo princípio da proporcionalidade", mas de uma nova técnica ("embargos rescisórios") a afrontar a regra constitucional da ação rescisória. Nesse sentido, inconstitucional.[201]

Apesar desse nosso entendimento, o pleno do STF, no julgamento da ADI 2.418, por 10 x 1, vencido o Min. Marco Aurélio, julgou improcedentes os pedidos nela formulados e, assim, declarou a constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º, ambos, do CPC/1973, bem como dos correspondentes dispositivos, do CPC, o art. 525, § 1º, III, § 12 e § 14, e o art. 535, § 5º. No mesmo sentido, manifestou-se a Corte em pleno virtual, por 9 x 2, no julgamento da ADI 3.740 (j. 2019).

A previsão estabelecida nos art. 525, § 12, e art. 535, § 5º (CPC), no tocante à inexigibilidade da obrigação será verificada se o título estiver fundado em Lei que o STF já

[201] Pela inconstitucionalidade, bastante convincente o estudo de YARSHELL, Flávio Luiz: *Ação rescisória*.

tenha, anteriormente ao seu trânsito em julgado, declarado inconstitucional (art. 525, § 14, e art. 535, § 7º).

Nesse sentido, conforme estabeleceu a Corte, referidos dispositivos, "buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que: (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda" (RE 611.503, j. 2018).

O dispositivo em análise estabelece que esse reconhecimento da inconstitucionalidade tenha sido em controle concentrado ou em controle difuso.

Aliás, conforme já falamos anteriormente, para o Min. Relator Teori Zavascki, a distinção entre controle difuso ou concentrado é irrelevante, independentemente da edição de resolução pelo Senado Federal.

E enfatiza: "A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, DJE de 2014, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada "efeito natural da sentença" (BITTENCOURT, Lúcio, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*; CASTRO NUNES, José. *Teoria e prática do Poder Judiciário*.)" (acórdão – ADI 2.418, j. 2016, DJE de 2016).

Em nosso entender, sustentamos que a "contaminação" do título somente será verificada se o reconhecimento prévio da inconstitucionalidade pelo STF tiver sido em controle concentrado ou, se no controle difuso, a execução, da Lei tiver sido suspensa por resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF/1988). Não podemos admitir que a decisão em caso isolado, sem a referida resolução do SF, possa vincular os juízes e tribunais do país

(cf. discussão sobre a não aceitação da tese da abstrativização do controle difuso no item 6.6.5).

Neste ponto, a análise do CPC merece um destaque: a redação original do projeto de Lei encaminhado para o Senado Federal (PL 166/2010) deixava claro que o cabimento dessa tese de impugnação seria possível nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado ou, se no controle difuso, somente se houvesse suspensão da execução da norma por resolução do Senado Federal (anteriores ao trânsito em julgado da decisão exequenda).

A redação encaminhada para sanção presidencial decorreu de aprovação de substitutivo da Câmara dos Deputados, votado como destaque em separado na sessão extraordinária do dia 17.12.2014, em razão dos requerimentos feitos pelos Senadores Eduardo Braga e Humberto Costa (cf. votação no DSF de 2014).

Outro ponto nos chama a atenção: no parecer final da Câmara dos Deputados (PL 6.065/2005 – que produziu o denominado "substitutivo da CD"), que definiu essa redação final que estamos criticando, os Relatores (tanto o Deputado Paulo Teixeira como o Deputado Sérgio Barradas Carneiro), ao analisarem o PL nº 2.066/2007 (que pretendia revogar esse dispositivo, que estabelece a inexigibilidade de título fundado em Lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), deixavam claro que, no tocante ao controle difuso, o efeito pretendido dependeria de edição da resolução pelo Senado Federal.

Assim, sustentamos que, ao se interpretar essa regra de defesa na execução introduzida pelo CPC, somente se admitam esses "embargos rescisórios" se a decisão de inconstitucionalidade anterior pelo STF se der em controle concentrado ou, se em controle difuso, a norma tiver a sua execução suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF/1988).

CUIDADO: para as provas de concursos, contudo, como se viu acima, o STF entendeu como irrelevante a decisão proferida em controle concentrado ou difuso, declarando a constitucionalidade do art. 525, § 12, do CPC. Essa, aliás, a atual posição do STF no sentido da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988 (cf. item 6.6.5.5, ADIs 3.406 e 3.470, pendente o julgamento dos embargos de declaração).

Finalmente, a outra hipótese de defesa (também introduzida pelo substitutivo da CD, não estando prevista no projeto original do SF) poderá ser apresentada se a decisão que funda a execução tiver sido proferida antes da nova interpretação a ser dada pelo STF. Tanto o art. 525, § 15, como o art. 535, § 8º, ambos do CPC, admitem o cabimento de ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Neste ponto, remetemos o leitor para discussão que trouxemos no item 6.7.1.17.4.2, devendo deixar bem claro que, segundo sustentamos, referida ação rescisória (e melhorou ao não mais se falar em "embargos rescisórios") deverá observar o prazo decadencial a partir do trânsito em julgado da decisão individual (e que funda a execução) e somente se o

reconhecimento da inconstitucionalidade posterior pelo STF se der em controle concentrado, tendo em vista o seu efeito *erga omnes* e *ex tunc* – retroativo, a reconhecer a nulidade *ab origine* do ato normativo que funda a execução (não se admitindo a hipótese de controle difuso, nem mesmo, para essa situação, a edição de resolução do Senado Federal, que teria efeito *ex nunc* e, portanto, não retroativo, não atingindo a decisão anterior e que está servindo de fundamento para a execução impugnada).

Esse tema específico não foi apreciado pelo STF no julgamento da citada ADI 2.418, mas, em *obiter dictum*, alguns Ministros sinalizaram certa preocupação em se contar o prazo decadencial da rescisória quando da futura e incerta decisão a ser proferida pelo STF. A Lei criou um termo inicial de decadência da ação rescisória móvel e diferido no tempo.

Em relação a essa novidade, disse o Min. Barroso: "... esta me surpreendeu, e eu, verdadeiramente, gostaria de refletir um pouco sobre essa possibilidade, porque aí eu acho que talvez tenha um impacto sobre a coisa julgada um pouco dramático" (ADI 2.418, acórdão).

6.7.1.17.4.4 Aspectos conclusivos: efeito da decisão no plano normativo ("Normebene") e no plano do ato singular ("Einzelaktebene") mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (interessante tendência apontada pelo Min. Gilmar Mendes). Perspectiva introduzida pelo CPC

O efeito vinculante, seja decorrente do controle concentrado (ADI ou ADC), seja, ainda, acrescente-se, em razão da edição de súmula vinculante, seja em razão de aprovação de resolução por parte do Senado Federal (neste caso, não se aceitando a teoria da transcendência no controle difuso – cf. item 6.6.5, apesar do entendimento em sentido contrário manifestado pelo STF no julgamento da ADI 2.418 e estudado no item anterior), produzirá impacto sobre as situações individuais (no caso da resolução do SF, com efeitos, por regra, não retroativos e, então, somente em relação aos processos que não tenham transitado em julgado).

Estando em curso ação individual e sobrevindo decisão em controle concentrado ou edição de súmula vinculante, ou resolução do SF, o juiz do processo individual, ainda não findo, ficará vinculado, devendo decidir a questão prejudicial de inconstitucionalidade nos exatos termos do estabelecido no processo coletivo. Isso decorre do efeito vinculante da decisão (lembrando que o STF tende a adotar a supervalorização dos precedentes nos exatos termos, do CPC – cf. ADI 2.418).

Sobrevindo decisão do processo individual em desrespeito a entendimento prévio já fixado em controle concentrado de constitucionalidade, com efeito *ex tunc*, vinculante e *erga omnes*, ou em desrespeito a súmula vinculante ou a anterior resolução do Senado Federal, parece razoável sustentarmos a desConstituição da coisa julgada individual (posterior) por ação rescisória e desde que dentro do prazo decadencial de 2 anos, com fundamento no art. 966, IV, do CPC, por ofensa a coisa julgada anterior (do processo coletivo).

Por outro lado, modificando o STF o entendimento da tese jurídica em controle concentrado ou vindo a editar súmula vinculante, eventual sentença individual transitada em julgado (lembrando que, se estiver pendente de recurso, o tribunal estaria também vinculado ao novo posicionamento) caracterizar-se-á como sentença individual inconstitucional. Nesse caso, só se poderia pensar em desConstituição da coisa julgada individual anterior por meio de ação rescisória, tendo por fundamento o art. 966, V, CPC e se afastando a regra fixada na S. 343/STF somente se a controvérsia for de natureza constitucional, à luz do princípio da força normativa da Constituição e do STF, na condição de seu intérprete final.

Para essa hipótese, contudo, a rescisória deve, necessariamente, respeitar o prazo decadencial de 2 anos, que deverá ser contado do trânsito em julgado da sentença individual, e não a partir da nova posição do STF, sob pena de se caracterizar uma indesejável perpetuação da "Espada de Dâmocles" e violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da autoridade das decisões do Poder Judiciário (o tema precisa ser analisado pelo STF à luz, do CPC, conforme destacado nos itens anteriores – pendente).

Em outro sentido, havendo ato singular individual anterior, além do prazo decadencial de 2 anos, com a ressalva da matéria penal (revisão criminal), a coisa julgada individual deverá ser respeitada e o sistema terá de conviver com as sentenças contraditórias.

Em interessante voto, o Min. Gilmar Mendes observou que, embora não vigore no direito brasileiro algo semelhante à regra do § 79, da Lei do Bundesverfassungsgericht, "que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na Lei inconstitucional". Deve haver, segundo afirmou, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (cf. IPSEN, Jörn: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden* e, também, MENDES, Gilmar: *Jurisdição Constitucional*)" (RE 217.141-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 2006, DJ de 2006).

O entendimento segundo o qual a decisão do STF em controle concentrado futuro não produz a automática reforma de sentenças que tenham estabelecido entendimento diverso

em relação à constitucionalidade ou inconstitucionalidade, da Lei foi reafirmado pelo STF no julgamento do RE 730.462, j. 2015 (ressalvando-se, quanto à indispensabilidade da rescisória, "a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado").

Fora dessa hipótese, a desConstituição da coisa julgada só poderá ter por fundamento a colisão com outros valores constitucionais, situação essa verificada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e se o magistrado entender que o princípio da segurança jurídica deva ser afastado, e em situações excepcionalíssimas.

CUIDADO: em decisão extremamente relevante, o STF aplicou a técnica da ponderação mesmo depois de findo o prazo da ação rescisória.

Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo TJDFT que acolheu preliminar de coisa julgada e determinou a extinção de nova ação de investigação de paternidade proposta em razão da agora viabilidade de realização do exame de DNA, tendo em vista que a questão já estava decidida havia mais de 10 anos.

À época, o recorrente, representado por sua genitora, ingressou com ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, que foi julgada improcedente, por insuficiência de provas. Sustentaram que o recorrente, no primeiro julgamento, não tinha condições financeiras de custear o exame de DNA. Com a promulgação, da Lei distrital nº 1.097/1996, o Poder Público passou a custear o referido exame.

No caso concreto, em situação excepcionalíssima, o STF afastou a alegação de segurança jurídica para fazer valer o direito fundamental que toda pessoa tem de conhecer as suas origens ("princípio" da busca da identidade genética), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA.

A decisão foi tomada, em 2011, por 7 x 2, no julgamento do RE 363.889, concedendo ao recorrente o direito de voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA, tendo em vista que, na primeira decisão, embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as custas para a sua realização:

"EMENTA: [...]. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da propositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de

personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável" (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 2011, DJE de 2011).

A 3ª Turma do STJ, por sua vez, em momento seguinte e por unanimidade, concluiu que esse entendimento fixado pelo STF não deveria ser seguido se a não realização do exame de DNA decorresse de recusa do investigado ou seus herdeiros para o comparecimento ao laboratório para a coleta do material biológico. Isso porque, no precedente firmado pelo STF, a impossibilidade de realização do exame se verificou em razão de um peculiar contexto, qual seja, a ausência de condições da parte e a negativa do Estado em implementá-la, caracterizando, então, circunstâncias alheias à vontade das partes.

Vejamos a ementa do julgado, pedindo vênia para sua transcrição, em razão de sua importância: "1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.889/DF, com repercussão geral reconhecida, permitiu, em caráter excepcional, a relativização da coisa julgada formada em ação de investigação julgada improcedente por ausência de provas, quando não tenha sido oportunizada a realização de exame pericial acerca da origem biológica do investigando por circunstâncias alheias à vontade das partes. 2. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal (cf. S. 301-STJ, acrescente-se), e, especialmente, diante da reiterada recusa dos herdeiros do investigado em proceder ao exame genético, que, chamados à coleta do material por sete vezes, deixaram de atender a qualquer deles. 3. Configura conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, a ser observada também em sede processual, a reiterada negativa, por parte da recorrente, de produzir a prova que traria certeza à controvérsia estabelecida nos autos da anterior ação de investigação de paternidade para, transitada em julgado a decisão que lhe é desfavorável, ajuizar ação negatória de paternidade agora visando à realização do exame de DNA que se negara a realizar anteriormente. 4. Intolerável o comportamento contraditório da parte, beirando os limites da litigância de má-fé" (STJ, 3ª T., REsp 1.562.239/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 2017, DJE de 2017).

Esse tema poderá vir a ser reapreciado pelo STF, em sua atual composição, e, certamente, ensejará amplo debate (pendente).

Finalmente, devemos destacar uma novidade introduzida pelo CPC.

De acordo com o art. 966, VII, do CPC, como nova previsão explícita de cabimento de ação rescisória, a decisão de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindida quando obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Nesse caso, contudo, conforme art. 975, § 2º, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

6.7.1.17.5 Pedido de cautelar (ADI genérica)

O art. 102, I, "p", da CF/1988 estabelece que cabe ao STF processar e julgar, originariamente, o pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

De acordo com o caput do art. 10, da Lei nº 9.868/1999, salvo no período de recesso,[202] a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta (6 Ministros) dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22 (*quorum* de instalação da sessão de julgamento com pelo menos 8 dos 11 Ministros), após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a Lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias, dispensada essa audiência em caso de excepcional urgência, hipótese em que o Tribunal poderá deferir a medida cautelar (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/1999).

Julgando indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias, sendo facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma do Regimento do Tribunal (art. 10, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.868/1999).

Desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá ser concedida a liminar, suspendendo a eficácia do ato normativo.

E quais seriam os efeitos da concessão da medida cautelar? De acordo com o art. 11, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.868/1999, em total consonância com o posicionamento do STF, a concessão da medida cautelar terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito *ex nunc*, salvo

---

[202] Isso significa que, no período do recesso, o Presidente do Tribunal será o competente para apreciar a medida cautelar. Mas, como salientou o Ministro Carlos Velloso, "... o presidente do Tribunal, no recesso, competente para despachar o pedido de cautelar, somente deverá fazê-lo em caso de efetiva necessidade, vale dizer, na ocorrência da possibilidade de perecimento de direito". E durante as férias seria também possível despachar e, se for o caso, conceder o pedido de cautelar? Segundo o ilustre Ministro, "... outra questão se apresenta: o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal distingue recesso de férias. Estabelece o art. 13, VIII, que são atribuições do Presidente decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar. E mais: o art. 78 do mencionado Regimento Interno dispõe que "o ano judiciário no Tribunal divide-se em dois períodos, recaindo as férias em janeiro e julho". O art. 78, § 1º conceitua o recesso: "Constituem recesso os feriados forenses compreendidos entre os dias 20 de dezembro e 1º de janeiro, inclusive". Acrescenta o § 2º que, "Sem prejuízo do disposto no art. 13, VIII, suspendem-se os trabalhos do Tribunal durante o recesso e as férias,...". E o § 3º novamente se refere ao recesso e às férias: "Os Ministros indicarão seu endereço para eventual convocação durante as férias ou recesso". Ora, a Lei 9.868/1999, somente ressalva o período de recesso, ao prescrever, conforme vimos, que, "Salvo no período de recesso,...". É dizer, art. 10, da Lei 9.868/1999, somente permite a concessão da medida cautelar, pelo presidente do Tribunal, no período de recesso do Tribunal. Admito que, ocorrente, durante as férias, em ação direta, a possibilidade de perecimento do direito, será lícito ao presidente despachar o pedido e concedê-la, se for o caso. Fora daí, entretanto, não me parece possível, tendo em consideração o art. 10, da Lei 9.868/1999 e os dispositivos regimentais indicados, que distinguem período de recesso de período de férias" (ADI 2.380/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 2001).

se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*). No julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto na Rcl 1.880, o STF, por maioria, reservou-se para examinar, quando necessário para o julgamento da causa, a questão sobre a extensão do efeito vinculante às medidas liminares em ação direta de inconstitucionalidade (cf. Inf. 289/STF, de 2002). A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Ainda, de acordo com o art. 12, da Lei, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

E quais seriam os efeitos do indeferimento da medida cautelar?

O STF, revendo posição anterior, definiu que o indeferimento da cautelar não significa a confirmação da constitucionalidade, da Lei com efeito vinculante.

Portanto, na medida em que não se poderá sustentar o efeito vinculante da decisão de indeferimento, conforme anotou o STF, "não se admite reclamação contra decisão que, em ação direta de inconstitucionalidade, indefere, sob qualquer que seja o fundamento, pedido de liminar" (Rcl 3.458 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, DJE de 2007). Nesse sentido, se algum juiz em sede de controle difuso afastar a aplicação, da Lei, declarando-a inconstitucional de modo incidental, contra essa decisão não caberá reclamação.

6.7.1.18 Reclamação para a garantia da autoridade da decisão do STF: Paradigma de ordem objetiva (ADI genérica e súmula vinculante)

6.7.1.18.1 Regras gerais

A fim de garantir a autoridade da decisão proferida pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Excelsa Corte reconhece o ajuizamento de reclamação, nos termos do art. 102, I, "l", da CF/1988 (competência originária do STF), desde que o ato judicial que se alega tenha desrespeitado sua decisão não tenha transitado em julgado (S. 734/STF, 2003).

Ainda, a partir, da EC nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), admite-se o instituto da reclamação para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, da CF/1988).

Na vigência, do CPC/1973, conforme afirmou o Min. Dias Toffoli, refletindo o entendimento da Corte sobre o instituto da reclamação constitucional, "para que seja admitido o seu manejo, a decisão da Suprema Corte, cuja autoridade venha a estar comprometida, deve ser revestida de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*", não se admitindo paradigma de ordem subjetiva (Min. Dias Toffoli, Rcl 14.810-AgR, j. 2013 – cf., também, Rcl 4.381-AgR).

Conforme sustentamos, a previsão de efeito vinculante a abrir o caminho diretamente ao STF tem de estar explícita na Constituição Federal, seja em sua redação originária (decisões em controle concentrado), seja em razão de emenda à Constituição (súmulas vinculantes), não podendo haver ampliação por Lei infraconstitucional.

Por isso, algumas novidades introduzidas pelo CPC são, em nosso entender, inconstitucionais. Conforme dissemos, muito embora se reconheça a eficácia expansiva das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias concretas e individuais, há que se dar uma interpretação estrita para o cabimento da reclamação constitucional, sob pena de transformar o STF em Corte de revisão, em órgão recursal, tendo em vista a criação de um inadmissível (porque inconstitucional) atalho processual ou, ainda, um acesso *per saltum* à Suprema Corte, em combatida supressão de instância.

CUIDADO: essa nossa perspectiva, apesar de encontrar vozes na doutrina, parece não se sustentar perante a jurisprudência do STF a ser firmada já na vigência, do CPC. Assim, orientamos a leitura do item 6.6.5.6 e, enquanto não afastada, para realização das provas de concurso público, a aplicação, da Lei (art. 988, CPC).

E quais os legitimados para a sua propositura?

Até o julgamento de questão de ordem na Reclamação nº 1.880/2002, a jurisprudência do STF, mesmo após o advento, da Lei nº 9.868/1999, em um primeiro momento, não considerava parte interessada para a propositura da referida ação terceiros que tivessem, subjetivamente, interesse jurídico ou econômico na observância da decisão, já que o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, como justificavam, fazia instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexistia litígio referente a situações concretas ou individuais. Assim, nessa primeira fase, só seria conhecida a reclamação se proposta por um dos legitimados do art. 103, da CF/1988 (art. 2º, da Lei nº 9.868/1999) e com idêntico objeto, mesmo que o referido autor não tivesse sido parte na ação direta de inconstitucionalidade cuja decisão fundava o pedido reclamatório (legitimação concorrente – cf. Rcl 354, Rel. Min. Celso de Mello).[203]

[203] Cf. RclQO 518/BA, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1997, Ement. v. 01888-01,; Rcl 397-RJ, Celso de Mello, RTJ 147/31; Rcl 399/PE, Sepúlveda Pertence, RTJ 157/433; Rcl 556/TO, Maurício Corrêa, DJU de 1997; Rcl 1.149/RS, Celso de Mello, DJU de 1999; Rcl 1.280/SP, Maurício Corrêa, DJU de 2000; Rcl 1.688/BA, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ de 2000.

Declarando novo posicionamento (2002), coincidente com o que expusemos nas edições anteriores deste trabalho, o STF, por maioria de votos, após o julgamento de questão de ordem em agravo regimental, declarou constitucional o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, passando a considerar parte legítima para a propositura de reclamação todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade, havendo, assim, uma ampliação do conceito de parte interessada (art. 13, da Lei nº 8.038/1990).[204]

Esse novo entendimento é reforçado com a redação conferida ao art. 102, § 2º, da CF/1988 pela EC nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), no seguinte sentido: "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Para se ter um exemplo da amplitude da perspectiva do instituto da reclamação, havendo efeito vinculante até mesmo perante a Administração Pública, temos sustentado a possibilidade de ajuizamento de reclamação em face de ato de Prefeito que contraria decisão proferida pelo STF com caráter vinculante.

Do ponto de vista do procedimento, conforme anotou o STF, "... para o conhecimento da reclamação não se exige a juntada de cópia do acórdão do Supremo Tribunal Federal que teria sido desrespeitado. Dispensabilidade da peça em virtude do acórdão ter sido proferido pela própria Suprema Corte" (Rcl 6.167-AgR, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, j. 2008, DJE de 2008).

Finalmente, em interessante decisão, o STF admitiu, no julgamento de reclamação, a mudança na interpretação dada a determinado ato normativo (e que serviu de paradigma), declarando, inclusive, a sua inconstitucionalidade incidental.[205]

6.7.1.18.2 Natureza jurídica do instituto da reclamação

[204] Cf. Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2002 (Inf. 289/STF, de 2002, DJ de 2004).

[205] "O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no "balançar de olhos" entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição" (Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2013, Plenário, DJE de 2013).

A natureza jurídica da reclamação foi bem desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio, e pedimos vênia para transcrevê-la abaixo de maneira esquematizada e acrescentando outras perspectivas:[206]

• ação – Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense;

• recurso ou sucedâneo recursal – Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; LIMA, Alcides de Mendonça: *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*;

• remédio incomum – NONATO, Orozimbo, MELLO, Augusto Cordeiro de: *Processo No Supremo Tribunal Federal*;

• incidente processual – ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de: *Correição Parcial*;

• medida de direito processual constitucional – MARQUES, José Frederico: *Manual De Direito Processual Civil*;

• medida processual de caráter excepcional – Ministro Djaci Falcão, RTJ 112/518-522;

• instrumento de extração constitucional – "inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinada a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "l", da CF/1988) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "f", da CF/1988)" – Ementa da Rcl 336, Rel. Min. Marco Aurélio;

• simples postulação perante o próprio órgão que proferiu uma decisão para o seu exato e integral cumprimento – GRINOVER, Ada Pellegrini: *Da Reclamação.*;

• provimento mandamental de natureza constitucional – LENZA, Pedro, para este trabalho.

É de realçar o pensamento de Grinover ao analisar a natureza jurídica do instituto da reclamação: "... não se trata de ação, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de incidente processual, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento".[207]

Já sustentamos, em outro estudo,[208] a conclusão trazida por Grinover, qual seja, tratar-se a reclamação de verdadeiro exercício constitucional de direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, "a", da CF/1988).[209]

---

[206] Cf. Rcl 336/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1990, Plenário, DJ de 1991, RTJ 134-03/1033.

[207] GRINOVER, Ada Pellegrini: *Da reclamação.*

[208] LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes.*

[209] GRINOVER, Ada Pellegrini: *Da reclamação.* Enfocando a constitucionalidade da previsão do instituto da reclamação no Regimento Interno do TJSP, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini: *Da reclamação.* Sobre o assunto, cf., ainda, DINAMARCO, Cândido Rangel: *A reclamação no processo civil brasileiro,* e NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* Sobre a previsão da reclamação no âmbito do Regimento Interno do TJ Estadual, "... o Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, relatora, no

Esse entendimento parece agora estar consagrado no STF, o que se observa pela ementa da ADI 2.480, j. 2007, DJ de 2006, na qual se aceitou a previsão da reclamação também para o controle de constitucionalidade estadual e com previsão na Constituição Estadual.[210]

Poderíamos dizer, então, que a reclamação nada mais é que um instrumento de caráter mandamental e natureza constitucional.

6.7.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

6.7.2.1 Conceito (ADC)

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3/1993 (DOU de 1993), com a alteração da redação do art. 102, I, "a" e acréscimo do art. 102, § 2º, bem como do art. 103, § 4º, tendo sido regulamentado o seu processo e julgamento pela Lei nº 9.868/1999.

Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal. Indaga-se: mas toda Lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (*juris tantum*) de toda Lei ser constitucional. Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos da ADI genérica ou do controle difuso, a inconstitucionalidade, da Lei ou ato normativo.

Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADC é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADC, tal decisão vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade, da Lei, mas absoluta.

---

sentido de julgar improcedente o pedido, afastando a alegada ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF/1988), por entender que, de acordo com o princípio da simetria, a Constituição Estadual pode autorizar a utilização do instituto da reclamação pelo tribunal de justiça, a teor do disposto no art. 125 da CF/1988. O Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, salientou que a utilização da reclamação no âmbito da justiça estadual insere-se no poder implícito a ela conferido para assegurar efetividade às próprias decisões. Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves e Sydney Sanches, que julgavam procedente o pedido. ADI nº 2.212-CE, Rel. Ministra Ellen Gracie, 2003 (ADI-2212)" (original sem grifos – cf. Inf. 323/STF).

[210] "ADI: dispositivo do RI do TJ/PB (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, caput, e § 1º e § 22, I, da CF/1988. O STF, ao julgar a ADI 2.212 (Pl. 2003, Ellen, DJ 2003), alterou o entendimento – firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v. g., Rp 1.092, Plenário, Djaci Falcão, RTJ 112/504) – do monopólio da reclamação pelo STF e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da CF/1988) e com os princípios da simetria (art. 125, caput, e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual (...)" (ADI 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Cf., ainda, Inf. 462/STF.

Deve-se deixar claro que ao se falar em “presunção absoluta” no modelo do processo objetivo não significa a impossibilidade eterna de rever o entendimento. Como sabemos, o STF poderá mudar de posição, alterando a interpretação dada ao ato normativo federal e, no caso, sem dúvida, declarar, em decisão futura, a sua inconstitucionalidade. Em outras palavras, o efeito vinculante não “vincula” o STF (Plenário) que poderá alterar o seu posicionamento. Mas, naturalmente, enquanto não observada essa “viragem jurisprudencial” pela mais alta Corte do país, os juízes e tribunais, em razão do efeito vinculante da decisão, deverão a ela se curvar.

Em síntese, a ADC busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de Lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional.

6.7.2.2 Objeto (ADC)

O objeto da referida ação é Lei ou ato normativo federal. Frise-se: somente Lei ou ato normativo federal, diferentemente do que ocorre com a ADI genérica, cujo objeto engloba, também, a Lei ou ato normativo estadual (cf. art. 102, § 2º, da CF/1988).

6.7.2.3 Competência (ADC)

O órgão competente para apreciar a ADC é o STF, conforme estabelece o art. 102, I, “a”, da CF/1988, de forma originária.

6.7.2.4 Legitimidade (ADC)

Antes, da EC nº 45/2004, os legitimados para a propositura da referida ação eram apenas quatro, de acordo com o art. 103, § 4º, da CF/1988, quais sejam: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Procurador-Geral da República.

Com a revogação do § 4º e a nova redação do art. 103, caput pela aludida emenda, os legitimados para a propositura da ADC passaram a ser os mesmos da ADI genérica (vide item 6.7.1.14).

6.7.2.5 Procedimento (ADC)

O procedimento na ADC é praticamente o mesmo seguido na ADI genérica, mas algumas observações devem ser feitas.

Em um primeiro momento, entendeu a doutrina não ser justificável a citação do Advogado-Geral da União na medida em que inexiste ato ou texto impugnado, já que se afirma a constitucionalidade na inicial.

Nesse ponto, contudo, gostaríamos de abrir uma discussão: em sendo ADI e ADC ações dúplices ou ambivalentes, ações com sinais trocados, em caso de improcedência do pedido na ADC, os efeitos, se assim decidido pelo STF, serão os mesmos da hipótese de deferimento da ADI, qual seja, a inconstitucionalidade, da Lei. Por esse motivo, parece razoável afirmar que o AGU tenha de ser sempre citado na ADC para não se desrespeitar o art. 103, § 3º, da CF/1988 (matéria pendente). Vejamos graficamente, a perspectiva dessa ambivalência:

ADI e ADC são ações dúplices ou ambivalentes, ou seja, são "ações com sinais trocados". A procedência de uma implica a improcedência da outra		
Ação	• ADI (ação direta de inconstitucionalidade)	• ADC (ação declaratória de constitucionalidade)
Resultado do julgamento	• (+) procedência	• (–) improcedência
Consequência em relação à lei	• inconstitucionalidade	• inconstitucionalidade

O Procurador-Geral da República, por força do art. 103, § 1º, da CF/1988, deverá ser previamente ouvido, emitindo o seu parecer.

Um requisito intrínseco à inicial, conforme vem relatando o STF, necessário para o conhecimento e análise do mérito, seria a demonstração da "controvérsia judicial que põe risco à presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame... permitindo à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido".[211]

Outro requisito, também exposto pelo Ministro relator Moreira Alves na ADC citada, seria, quando alegado vício formal de inconstitucionalidade, a necessária juntada aos autos de cópia dos documentos relativos ao processo legislativo de formação, da Lei ou ato normativo federal.

Esses dois requisitos que o STF vinha exigindo jurisprudencialmente foram expressamente previstos na Lei nº 9.868/1999, que, em seu art. 14, estabelece que a petição inicial indicará: a) o dispositivo, da Lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; b) o pedido, com suas especificações; c) a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Determina também a referida Lei que a petição inicial deverá conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

[211] ADC 1-1/DF, voto do Ministro relator Moreira Alves.

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo dessa decisão (art. 15, da Lei nº 9.868/1999).

De acordo com o CPC, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos art. 994, III, e art. 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2º), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do CPC, dar-se em dias úteis.

Após a indispensável manifestação do PGR, o Relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Convém notar, seguindo a linha procedimental adotada na ADI, que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Pode, ainda, o relator solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

De acordo com a lei, as informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de 30 dias, contado da solicitação do relator.

As regras sobre votação e *quorum* são as mesmas expostas na ADI genérica: desde que presente o *quorum* para instalação da sessão de julgamento de 8 Ministros, a declaração de constitucionalidade dar-se-á pelo *quorum* da maioria absoluta dos 11 Ministros do STF, isto é, pelo menos 6 deverão posicionar-se favoráveis à procedência da ação.

Por fim, é vedada a intervenção de terceiros (muito embora, conforme visto no item 6.7.1.16.2, cabível *amicus curiae*) e a desistência da ação após a sua propositura. A decisão é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo ser objeto de ação rescisória.

6.7.2.6 Efeitos da decisão (ADC)

O art. 102, § 2º, da CF/1988, criado pela EC nº 3/1993, estabelece que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim, podemos sistematizar os efeitos como sendo:

• *erga omnes* (eficácia contra todos);

• *ex tunc*;

• vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

6.7.2.7 Medida cautelar (ADC)

Inovação trazida pelo Projeto de Lei nº 2.960/1997 (PL nº 10/1999, no Senado Federal), que originou a Lei nº 9.868/1999, tão comentada nesta parte do trabalho, foi a admissão de medida cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Nesse sentido, o art. 21 prevê que o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação, da Lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Essa suspensão perdurará apenas por 180 dias contados da publicação da parte dispositiva da decisão no DOU, prazo esse definido pela Lei para que o tribunal julgue a ação declaratória. Findo tal prazo, sem julgamento, cessará a eficácia da medida cautelar.

Malgrado posicionamento minoritário em contrário,[212] o STF, por votação majoritária, apreciando preliminar suscitada pelo Ministro Sydney Sanches, quanto ao cabimento ou não de liminar em ação declaratória, no julgamento da ADC (MC) 4, pacificou o entendimento segundo o qual é perfeitamente possível a atribuição de efeito vinculante e *erga omnes* em sede de liminar (decisão não definitiva de mérito) na ADC, tendo em vista o poder geral de cautela da Corte, podendo suas decisões ser preservadas pelo instrumento da reclamação (art. 102, I, "l", da CF/1988).

Finalmente, na hipótese de indeferimento de cautelar, em razão do efeito ambivalente da ação, referida decisão significaria o mesmo que a procedência da ADI (ações dúplices ou ambivalentes). Assim, se no dispositivo da decisão se manifestar a Corte, respeitando os requisitos legais, parece-nos que se poderia estabelecer o efeito vinculante e *erga omnes* em relação a essa decisão que equivaleria à concessão da cautelar em ADI.

---

[212] Vide, por exemplo, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio na Reclamação nº 1.197-6/PB, DJ de 1999, que entende o efeito vinculante apenas para as decisões definitivas de mérito.

6.7.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

6.7.3.1 Localização (ADPF)

O art. 102, § 1º, da CF/1988, de acordo com a EC nº 3/1993, estabelece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente, da CF/1988, será apreciada pelo STF, na forma, da Lei.

A Lei nº 9.882/1999, regulamentando o dispositivo constitucional, definiu as regras procedimentais para a aludida arguição.

Cabe salientar que, antes do advento, da Lei nº 9.882/1999, o STF decidiu que o art. 102, § 1º, da CF/1988 materializava norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, enquanto não houvesse Lei descrevendo a forma da nova ação constitucional, a Suprema Corte não poderia apreciá-la (cf. Pet 1.140 AgR, j. 1996, DJ de 1996).

6.7.3.2 Objeto – Hipóteses de cabimento (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível, nos termos, da Lei em comento, seja na modalidade de arguição autônoma (direta), seja na hipótese de arguição incidental.

O art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/1999 disciplinou a hipótese de arguição autônoma, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Percebe-se nítido caráter preventivo na primeira situação (evitar) e caráter repressivo na segunda (reparar lesão a preceito fundamental), devendo haver nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentares.

A segunda hipótese (arguição incidental), prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999, prevê a possibilidade de arguição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre Lei ou ato normativo federal, estadual, municipal (e por consequência o distrital, acrescente-se), incluídos os anteriores à Constituição.

Nessa hipótese, deverá ser demonstrada a divergência jurisdicional (comprovação da controvérsia judicial) relevante na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental.

Observa-se, então, que essa segunda modalidade de arguição (incidental), além de se restringir a ato normativo, pressupõe a demonstração de controvérsia judicial relevante, o

que faz crer a existência de uma demanda concreta, tanto é que o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999 autoriza ao relator, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição.

Busca-se, nesse sentido, procedendo a uma cisão funcional em relação ao caso concreto, antecipar o entendimento da Suprema Corte sobre a matéria.

Gilmar Mendes, nesse caso, fazendo um contraponto ao art. 97 em relação ao qual se observa uma cisão funcional horizontal, no caso da ADPF incidental, vislumbra uma cisão funcional no plano vertical (de órgãos das instâncias ordinárias para o STF).[213]

Ainda, cabe notar, na medida em que a ADPF pode ter por objeto ato editado antes da Constituição, a sua importante utilização como instrumento de análise em abstrato de recepção de Lei ou ato normativo.

Nessa hipótese, conforme anotou o Min. Gilmar Mendes, a revogação, da Lei ou do ato normativo editado antes do novo ordenamento jurídico e objeto da demanda "não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente" (ADPF 33, j. 2005, Plenário).

Convém advertir que no julgamento da ADI 2.231-MC/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, "... o Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF/1988 a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo" (Inf. 253/STF) (matéria pendente).

Apesar de não julgada referida ADI, em razão dos precedentes do STF, a tese adotada (há apenas o voto do Min. Néri da Silveira, proferido em 2001), certamente, não irá prosperar.

6.7.3.3 Preceito fundamental – Conceito (ADPF)

Tanto a Constituição como a Lei infraconstitucional deixaram de conceituar preceito fundamental, cabendo essa tarefa à doutrina e, em última instância, ao STF.

Até o momento, os Ministros do STF não definiram, com precisão, o que entendem por preceito fundamental. Em algumas hipóteses, disseram o que não é preceito fundamental. Para se ter um exemplo, na apreciação da questão de ordem da ADPF 1-RJ, apresentada pelo Ministro relator Néri da Silveira, o Tribunal não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/1988) ajuizada pelo Partido Comunista do

---

[213] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

Brasil – PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de Lei aprovado pela Câmara Municipal – que elevava o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 –, teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º, da CF/1988). Considerou-se ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º, da Lei nº 9.882/1999 ("A arguição prevista no art. 102, § 1º, da CF/1988 será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público") (Inf. 176/STF).

Valemo-nos, então, de algumas sugestões da doutrina.

Para o Professor Cássio Juvenal Faria, preceitos fundamentais seriam aquelas "normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os "princípios fundamentais" do Título I (art. 1º ao art. 4º, da CF/1988); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/1988); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF/1988); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, da CF/1988); etc.".[214]

Para Bulos, "qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária". Como exemplos o autor lembra os art. 1º, art. 2º, art. 5º, II, art. 37, art. 207 etc., da CF/1988.[215]

6.7.3.4 Competência (ADPF)

De acordo com o art. 102, § 1º, da CF/1988, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF (competência originária), na forma, da Lei.

6.7.3.5 Legitimidade (ADPF)

Os legitimados para a propositura da referida ação são os mesmos da ADI genérica, previstos no art. 103, I ao IX, da CF/1988 e no art. 2º, I ao IX, da Lei nº 9.868/1999 (cf. o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999), com as observações sobre a pertinência temática expostas quando do comentário sobre a ADI genérica.

O art. 2º, II, da Lei nº 9.882/1999 permitia a legitimação para qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, mas foi vetado.

---

[214] Inédito, especial aos alunos do Curso do Professor Damásio.
[215] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

Apesar do veto, o art. 2º, § 1º, estabelece que, "na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo".[216]

6.7.3.6 Procedimento (ADPF). Particularidades do princípio da subsidiariedade

Proposta a ação diretamente no STF, por um dos legitimados, deverá o relator sorteado analisar a regularidade formal da petição inicial, que deverá conter, além dos requisitos do art. 282, do CPC/1973 (art. 319, do CPC) e observância das regras regimentais: a) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; b) a indicação do ato questionado; c) a prova da violação do preceito fundamental; d) o pedido, com suas especificações; e) se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999).

Liminarmente, o relator, não sendo o caso de arguição, faltante um dos requisitos apontados, ou inepta a inicial, indeferirá a petição inicial, sendo cabível o recurso de agravo, no prazo de 5 dias, para atacar tal decisão (art. 4º § 2º, da Lei nº 9.882/1999).

De acordo com o CPC, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos art. 994, III, e art. 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2º), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do CPC, dar-se em dias úteis.

Fundamental notar que, consoante o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade. Trata-se do princípio da subsidiariedade (caráter residual), que, segundo o Ministro Celso de Mello, condiciona o ajuizamento da ação à "... ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a lesividade

---

[216] "... A arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art 2º, I, da Lei nº 9.882/1999), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da legitimatio *ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento..." (Min. Carlos Velloso, ADPF-11/SP, DJ de 2001).

indicada pelo autor" (ADPF-6/RJ, DJ de 2000. Vide, ainda, ADPF 3, questão de ordem, DJ de 2001). Trata-se, conforme anotou em outro julgado, de "pressuposto negativo de admissibilidade", atuando a "cláusula da subsidiariedade" como "causa obstativa" para o ajuizamento da ADPF no STF (ADPF 314 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

Evoluindo, o STF entendeu que o princípio da subsidiariedade deve ser interpretado no contexto da ordem constitucional global e em relação aos processos de índole objetiva (ADI, ADC, ADO): "[...] inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação" (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2005, DJ de 2006. No mesmo sentido: ADPF 47-MC, Rel. Min. Eros Grau, j. 2005, DJ de 2006).

Havendo pedido de liminar e apreciado pelo relator, este solicitará as informações necessárias às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 dias, podendo, ainda, caso entenda necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (no caso, a arguição incidental), requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública (cf. ADPF 101 – importação de pneus usados – 2008 e ADPF 54 – interrupção de gravidez por anencefalia – 2008), de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º e § 1º, da Lei nº 9.882/1999).

Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Assim, conforme visto no item 6.7.1.16.3, o STF, excepcionalmente, vem admitindo *amicus curiae* na ADPF, aplicando, por analogia, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, desde que se demonstrem a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (cf. ADPFs 33, 46, 73, 132, 183, 205 etc.).

Ouvido o MP (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999, acatando o mandamento do art. 103, § 1º, da CF/1988), o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, pedindo dia para julgamento.

Da mesma forma que ocorre no julgamento da ADI, a decisão (julgamento) sobre a arguição será proferida pelo *quorum* da maioria absoluta (art. 97, da CF/1988), desde que presente o *quorum* de instalação da sessão de julgamento, previsto no art. 8º, da Lei nº 9.882/1999, ou seja, a exigência de estarem presentes pelo menos 2/3 dos Ministros (8 dos 11 Ministros).

Tal como se verifica no processo de ADI, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12, da Lei nº 9.882/1999).

Apesar do silêncio, da Lei, bem como da afirmação da irrecorribilidade, entendemos perfeitamente cabíveis os embargos de declaração, em razão de sua natureza jurídica de integração e esclarecimento da decisão e, também, com fundamento no art. 26, da Lei nº 9.868/1999 (ADI e ADC), aplicado por analogia.[217]

Finalmente, a Lei é explícita ao assegurar o cabimento de reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma do seu Regimento Interno (art. 13, da Lei nº 9.882/1999).

6.7.3.7 Efeitos da decisão (ADPF)

Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão é imediatamente autoaplicável, na medida em que o presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

De acordo com o art. 10, § 2º, da Lei nº 9.882/1999, dentro do prazo de 10 dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

A decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (*ex tunc*).

Da mesma maneira como acontece na ADI, como exceção à regra geral do princípio da nulidade, ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

---

[217] Como destacou o Min. Marco Aurélio, os embargos declaratórios são ínsitos à jurisdição e cabíveis independentemente de previsão legal (AP 470 AgR, 26º, Inf. 719/STF, item 8). Em suas palavras, os embargos de declaração devem ser vistos com espírito maior de compreensão. "Não como uma crítica ao ofício de julgar, mas como colaboração das partes ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Os embargos visam à integração ou esclarecimento da decisão proferida. Os vícios que os respaldam dizem respeito ao mérito, não a pressupostos de recorribilidade. Refiro-me à omissão, à contradição e à obscuridade. Admito, até mesmo, a possibilidade de ter-se os segundos declaratórios, quando o vício haja surgido, pela vez primeira, no julgamento dos anteriores".

6.7.3.8 O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999 é inconstitucional (arguição incidental)?

A Constituição somente autorizou a apreciação, pelo STF, da arguição de preceito fundamental, na forma da lei.

Já havia previsto competência ao STF, em sede de ADI, para apreciação de Lei ou ato normativo federal ou estadual, como já visto, excluídos os municipais e anteriores à Constituição.

A matéria está para ser decidida pelo STF na ADI 2.231 (matéria pendente).

Para Gilmar Ferreira Mendes, surge instrumento adequado ao combate da chamada "guerra de liminares", introduzindo profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

"Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova Lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais" (Gilmar Ferreira Mendes, Revista Jurídica Virtual, nº 7, dez./1999).

6.7.3.9 Pedido de medida liminar (ADPF)

O art. 5º, da Lei nº 9.882/1999 estabelece que o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros (pelo menos 6 Ministros), poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, contudo, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Plenário.

O relator poderá, ainda, ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 dias.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. Convém alertar que, em 2001, o Ministro Néri da Silveira (ADI 2.231-MC/DF) votou pelo deferimento de liminar suspendendo a eficácia deste art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, por estar relacionado à arguição incidental em processos em concreto, vedada sua instituição por lei, como visto (pendente).

Cabe alertar, todavia, que o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADPF 77, deferiu liminar para suspender todos os processos que tramitam e estão questionando a constitucionalidade do art. 38, da Lei nº 8.880/1994, que instituiu o Plano Real, até o julgamento de mérito da referida ação. E, nos termos do seu voto: "esse o quadro, defiro, em termos, *ad referendum* (por ratificação) do Plenário, o pedido de cautelar – conforme o art. 5º, § 3º, da Lei nº9.882/1999 (ADPF) e o art. 21, da Lei nº9.868/1999 – para determinar a suspensão dos processos em curso nos quais se questione a constitucionalidade ou não do art. 38, da Lei nº8.880/1994".

Devemos lembrar que o pleno do STF conheceu da citada ADPF 77 e referendou a medida cautelar deferida (j. 2014).[218]

Em igual sentido, admitindo a aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999: "Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por Lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, *in fine*, da Lei nº 9.882/1999. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por Lei superveniente" (ADPF 79-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, DJ de 2007).

Portanto, o STF vem aplicando em sua integralidade o art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999 estando, assim, superado o posicionamento do Min. Néri da Silveira no tocante à medida liminar.

---

[218] Cf. Notícias STF, 2006.

6.7.3.10 ADPF pode ser conhecida como ADI? Se sim, o princípio da fungibilidade teria natureza ambivalente? Ou seja, ADI poderia ser conhecida como ADPF?

Sim, mas devemos observar os balizamentos estabelecidos pelo STF considerando a noção de dúvida objetiva e a proibição da incidência de erro grosseiro. Vejamos.

Quanto à primeira indagação, "tendo em conta o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, consubstanciado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, o Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de conhecer, como ação direta de inconstitucionalidade – ADI, a ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão, em que se impugna a Portaria nº 156/2005, editada pela Secretaria Executiva de Estado da Fazenda do Pará, que estabeleceu, para fins de arrecadação do ICMS, novo boletim de preços mínimos de mercado para os produtos que elenca em seu anexo único. Entendeu-se demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da existência de outro meio eficaz para impugnação da norma, qual seja a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os demais requisitos necessários à propositura da ação direta" (ADPF 72 QO/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2005 – Inf. 390/STF).

Reafirmando esse entendimento, também, no sentido do conhecimento de ADPF como ADI (princípio da fungibilidade – art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 – e perfeita satisfação dos requisitos exigidos à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade – legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), cf. a reautuação da ADPF 143 como ADI 4.180-REF-MC (j. 2008), bem como a reautuação da ADPF 178 como ADI 4.277 (j. 2009), tendo sido discutido, nesta última, o importante tema da união homoafetiva.

Em relação à segunda questão, o STF também admitiu que pedido formulado em ADI fosse conhecido como ADPF, aplicando-se o princípio da fungibilidade. Muito embora outras problemáticas foram postas na causa, o dito "ponto jurídico mais nevrálgico e absorvente" consistia na discussão sobre a alteração de parâmetro de constitucionalidade pela EC nº 45/2004 e, assim, a discussão sobre a revogação ou não de Lei anterior pela referida emenda. Assim, concluíram os Ministros do STF: "é lícito conhecer de ADI como ADPF, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela" (ADI 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2012, Plenário, DJE de 2013).

O tema da fungibilidade veio a ser novamente discutido pela Corte no ano de 2014. No julgamento monocrático da ADPF 158, o Min. Gilmar Mendes não admitiu a fungibilidade por se tratar de situação clara para o cabimento de ADI; no caso, o objeto da ADPF era uma Lei Federal editada após a promulgação, da CF/1988. Esse entendimento foi confirmado pelo

pleno no julgamento do agravo regimental interposto (ADPF 158 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

Em outro julgado, o STF reafirmou que dúvida razoável sobre o caráter autônomo de atos infralegais, como decretos, resoluções e portarias, assim como alterações supervenientes de normas constitucionais poderiam justificar a fungibilidade. No caso concreto, porém, por se tratar de Lei Ordinária federal editada depois da promulgação, da CF/1988, longe de envolver dúvida objetiva, não configuraria a fungibilidade por se tratar de erro grosseiro na escolha do instrumento, violando, assim, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (ADPF 314 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

Estamos diante, portanto, da posição do STF sobre a aplicação do princípio da fungibilidade e, como bem colocou o Min. Marco Aurélio, da orientação conciliatória entre "instrumentalidade e celeridades processuais, de um lado, e necessidade de não se baratear os institutos, do outro". De acordo com os precedentes citados, admite-se a fungibilidade quando se estiver diante de dúvida razoável sobre o "caráter autônomo de atos infralegais [...] como decretos, resoluções, portarias" ou em razão da "alteração superveniente da norma constitucional dita violada". Fora essas hipóteses, caracterizado estará o erro grosseiro a afastar a aplicação da fungibilidade. Nesses termos, damos um claro exemplo de erro grosseiro, como verificado no precedente acima: impugnação de Lei Federal pós-constitucional por ADPF, quando cabível, no caso, indubitavelmente, a propositura de ADI.

6.7.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

6.7.4.1 Conceito (ADO)

Trata-se de inovação, da CF/1988, inspirada no art. 283 da Constituição portuguesa. O que se busca com a ADO é combater uma "doença", chamada pela doutrina de "síndrome de inefetividade das normas constitucionais".

O art. 103, § 2º, da CF/1988 determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada.[219]

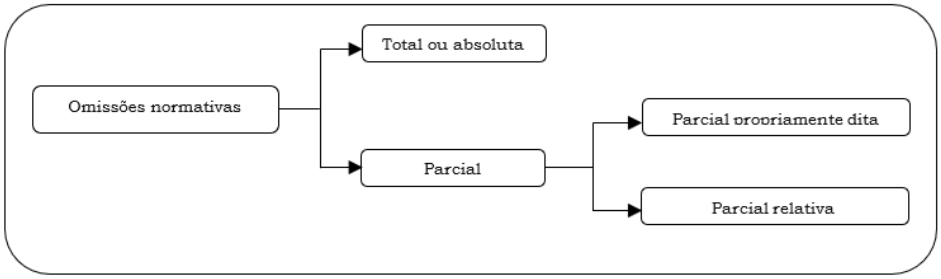
Abrimos um pequeno parêntese, remetendo o leitor para o capítulo que trata dos remédios constitucionais, sugerindo o estudo conjunto da ADO com o do mandado de injunção, que também se caracteriza como um "remédio" cujo objetivo é combater a

[219] Vide capítulo 5, sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

"síndrome de inefetividade das normas constitucionais", de eficácia limitada. Na ADO temos o controle concentrado; através do mandado de injunção, o controle difuso, pela via de exceção ou defesa e, atualmente, com algumas particularidades previstas na Lei nº 13.300/2016, que o regulamentou (cf. item 14.11.5).

Cabe mencionar, por último, a Lei nº 12.063/2009, que passou a estabelecer a disciplina processual da ADO e será apresentada nos itens seguintes.

6.7.4.2 Espécies de omissão



A omissão poderá ser total (absoluta) ou parcial: total, quando não houver o cumprimento do dever de normatizar, editando medida para tornar efetiva a norma constitucional; parcial, quando houver a normatização infraconstitucional, porém de forma insuficiente.

Como exemplo de inconstitucionalidade por omissão total ou absoluta, destacamos o art. 37, VII, da CF/1988 que prevê o direito de greve para os servidores públicos, ainda não regulamentado por lei.[220] Outro exemplo é o revogado art. 192, § 3º, da CF/1988, que dependia de Lei (limitação da taxa de juros a 12% ao ano – cf. S. 648/STF e SV 7/2008).

A inconstitucionalidade por omissão parcial, por seu turno, divide-se em duas: parcial propriamente dita ou parcial relativa.

Por omissão parcial propriamente dita, o ato normativo, apesar de editado, regula de forma deficiente o texto. Como exemplo, temos o art. 7º, IV, da CF/1988, que dispõe sobre o direito ao salário mínimo. A Lei fixando o seu valor existe, mas o regulamenta de forma deficiente, pois o valor estabelecido é muito inferior ao razoável para cumprir toda a garantia da referida norma.

Já omissão parcial relativa surge quando o ato normativo existe e outorga determinado benefício a certa categoria, mas deixa de concedê-lo a outra, que deveria ter sido

[220] Sobre o assunto, cf. nova posição do STF dada no MI 712 e discutida nesta obra no item 14.11.5.7 Nessa parte do estudo apresentamos outros temas, destacando-se, por exemplo, o julgamento de vários MIs sobre o direito fundamental dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos, da Lei (art. 7º, XXI), no caso, da Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o assunto. A esse respeito, interessante a discussão em vários mandados de injunção ajuizados antes do advento da regulamentação, quando a omissão era total (cf. MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, j. 2011).

contemplada. Nesse caso, deve-se lembrar o entendimento materializado na Súmula 339/STF, potencializada com a sua conversão na SV 37/2014: "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

6.7.4.3 Objeto (ADO)

O art. 103, § 2º, fala em "omissão de medida" para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo.

Com precisão anota Barroso que a omissão é de cunho normativo, que é mais ampla do que a omissão de cunho legislativo. Assim, engloba "... atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo".

A omissão, então, pode ser do Poder Legislativo, do Poder Executivo (atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções, resoluções etc.), ou do próprio Judiciário (por exemplo, a omissão em regulamentar algum aspecto processual em seu Regimento Interno).

Portanto, continua Barroso, "... são impugnáveis, no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade... O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários".[221]

O STF já decidiu que, pendente julgamento de ADO, se a norma constitucional que não tinha sido regulamentada vier a ser revogada, a ação deverá ser extinta por perda de objeto, julgando-se prejudicada (ADI 1.836, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1998).

A mesma decisão, qual seja, pela perda de objeto, tomou o STF para a hipótese de encaminhamento de projeto de Lei sobre a matéria ao Congresso Nacional (cf. ADI 130-2/DF), ou, ainda, pelo não cabimento da ação se, no momento de sua propositura, o processo legislativo já havia sido desencadeado (ADI 2.495, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2002, DJ de 2002).

CUIDADO: este último posicionamento, contudo, foi repensado no julgamento da ADO 3.682, entendendo o STF não se justificar a demora na apreciação de projetos já propostos (*inertia deliberandi* das Casas Legislativas), passível de se caracterizar uma desautorizada "conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas", colocando em

---

[221] BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.*

risco a própria ordem constitucional (voto do Min. Gilmar Mendes – tema discutido no item 6.7.4.9).

Por derradeiro, adotando posicionamento bastante formalista, sobre o qual deixamos a nossa crítica, o STF entendeu inexistente a fungibilidade da ADO com o mandado de injunção, tendo em vista a diversidade de pedidos: "Impossibilidade jurídica do pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão" (MI 395-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1992).

6.7.4.4 Competência (ADO)

O órgão competente para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o STF, de forma originária (art. 102, I, "a", da CF/1988 c/c, analogicamente, art. 103, § 2º, da CF/1988).

6.7.4.5 Legitimidade (ADO)

Os legitimados para a propositura da ADO são os mesmos da ADI genérica, ou seja, o rol previsto no art. 103, da CF/1988 com as peculiaridades já apontadas em relação à pertinência temática.

A Lei nº 12.063/2009 ratificou esse posicionamento, não havendo mais qualquer dúvida sobre a questão.

6.7.4.6 Natureza jurídica dos legitimados (ADO)

Conforme anota o Min. Gilmar Mendes, assim como acontece na ADI genérica, o processo de controle na ADO tem por escopo a "defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa precipuamente à defesa da ordem jurídica". Os legitimados agem como "advogados do interesse público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogados da Constituição". Utilizando a denominação de Triepel, tem-se "típico processo objetivo" (voto na ADI 3.682).

6.7.4.7 Procedimento (ADO)

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é praticamente o mesmo da ADI genérica, com algumas peculiaridades.

Nos termos do art. 12-B, da Lei nº 9.868/1999, a petição inicial, acompanhada de procuração, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão, e indicará:

• a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

• o pedido, com suas especificações.

Naturalmente, em razão do peticionamento eletrônico, não faz mais sentido a prescrição de apresentação da petição em duas vias, por isso o texto prescreve essa necessidade "se for o caso". Dentro dessa realidade, de modo acertado, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 13.300/2016 (que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo) estabelece que, "quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados".

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo da referida decisão.

Lembramos que, de acordo com o CPC, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos art. 994, III, e art. 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2º), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do CPC, dar-se em dias úteis.

Proposta a ação, não se admitirá desistência, devendo ser, no que couber, aplicadas as disposições constantes do Capítulo II, Seção I, da Lei nº 9.868/1999.

Os legitimados constantes do art. 103, da CF/1988 poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

Modificando o entendimento do STF,[222] a Lei passou a estabelecer que o relator poderá solicitar a manifestação do AGU, cujo encaminhamento deverá ser feito no prazo de 15 dias.

O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 dias, após o decurso do prazo para informações.

Finalmente, segundo Clèmerson Merlin Clève, "não há prazo para a propositura da ação. É evidente, entretanto, que sem o transcurso de um prazo razoável, aferível caso a caso, não

[222] Esse entendimento superado da jurisprudência do STF pode ser verificado, por exemplo, no julgamento da ADI 1.439-MC, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. 1996, Plenário, DJ de 2003.

haverá omissão inconstitucional censurável, mas sim mera lacuna técnica (omissão constitucional e omissão constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade)".[223]

6.7.4.8 Medida cautelar (ADO)

Nesse ponto, a Lei nº 12.063/2009 inovou a matéria, passando a admitir expressamente medida cautelar na ADO.

Segundo o art. 12-F, da Lei nº 9.868/1999, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22 (*quorum* de instalação da sessão de julgamento com no mínimo 8 Ministros), poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias.[224]

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação, da Lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma do previsto no Regimento do Tribunal.

Concedida a medida cautelar, o STF fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido no Capítulo II, Seção I, da Lei nº 9.868/1999.

6.7.4.9 Efeitos da decisão (ADO)

6.7.4.9.1 Regras gerais

Declarada a inconstitucionalidade em razão de omissão total ou parcial, indagamos se o STF (Poder Judiciário) poderia elaborar a lei, para suprir a omissão.

---

[223] CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.*

[224] Dentro de uma ideia de poder geral de cautela, destacamos interessante decisão do Min. Dias Toffoli, concedendo medida cautelar monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, de modo excepcional, diante da relevância da matéria e da gravidade do quadro narrado, bem como da proximidade do recesso da Corte, fixando prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional editasse a Lei prevista no art. 27, da EC nº 19/1998 – Lei de defesa do usuário de serviços públicos (cf. ADO 24-MC, j. 2013 e discussão no item 6.7.4.9.2). Em igual sentido, também concedendo medida cautelar monocraticamente, cf. ADO 23-MC, j. 2013, Min. Ricardo Lewandowski.

Em respeito ao princípio da tripartição dos Poderes, insculpido no art. 2º, da CF/1988, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno).

O art. 103, § 2º, estabelece efeitos diversos para o poder competente e para o órgão administrativo:

• poder competente: será dada ciência ao poder competente, não tendo sido fixado qualquer prazo para a adoção das providências necessárias;

• órgão administrativo: deverá suprir a omissão da medida no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, ou, na dicção do art. 12-H, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Neste ponto, o art. 103, § 2º, poderia ser interpretado de duas maneiras: a) ou o prazo foi estabelecido apenas para o órgão administrativo, não podendo o STF fixar prazo para o Legislativo ou outro Poder omisso; b) ou o prazo pode ser fixado pelo Judiciário tanto para o órgão administrativo como para o Legislativo ou outro órgão omisso. Porém, se estabelecido para o órgão administrativo, deverá ser dentro de 30 dias e, agora, nos termos do art. 12-H, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Nesse sentido, o Min. Carlos Britto, no julgamento da ADO 3.682, observou, acompanhando o voto do Min. relator: "diferentemente da Constituição portuguesa, a nossa não se limitou a cuidar da ADI por omissão de medida legislativa; foi além. Quando a nossa Constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo" (grifamos).

O tema, nessa linha, foi amplamente revisto pelo STF no precedente citado (e de indispensável leitura para as provas e concursos), no qual se discutiu a inércia do legislador em elaborar a Lei Complementar federal, prevista nos termos do art. 18, § 4º, da CF/1988 na redação dada pela EC nº 15/1996, fixando o procedimento de criação dos novos Municípios (cf. item 7.6.1).

Como se sabe, a EC nº 15/1996, alterando a redação do art. 18, § 4º, da CF/1988, foi publicada em 1996. Apesar de fazer mais de 20 anos, a Lei Complementar federal ainda não é uma realidade, mostrando-se, portanto, flagrante a omissão. (Devemos lembrar que o Congresso Nacional já aprovou projeto de Lei Complementar disciplinando a matéria, porém, este foi vetado pela então Presidente da República Dilma Rousseff mais de uma vez. O último, nos mesmos termos de veto anterior, de acordo com a mensagem nº 250/2014, teve por

fundamento o dito interesse público: “depreende-se que haverá aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que haja a correspondente geração de novas receitas”).

O Min. Relator, Gilmar Mendes, no julgamento da citada ADO 3.682, à época antes da aprovação dos mencionados projetos de Lei (que, aliás, como visto, foram todos vetados), estabeleceu: “... apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de Lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da CF/1988, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação, da Lei Complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da CF/1988, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração, da Lei Complementar federal”.

Pelo que se observa do voto do Min. Gilmar Mendes, no direito alemão, com o objetivo de afastar as omissões legislativas, várias técnicas surgiram, como aquela que declara a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarerlärung), ou aquela de apelo ao legislador (Appellentschedung), esta última “... decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade”, tudo para se evitar uma inconcebível situação de “autêntico caos jurídico”.

E conclui: “o princípio do Estado de Direito (art. 1º, da CF/1988), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/1988) e o disposto no art. 5º, LXXI, da CF/1988, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade”.

Assim, a ação foi julgada “... procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da CF/1988, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nº 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a Lei Complementar federal seja

promulgada contemplando as realidades desses municípios" (ADO 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, DJ de 2007).

Muito embora a ementa acima reproduzida não indique o caráter coercitivo da decisão do STF ("não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável"), a leitura do acórdão[225] e suas discussões finais nos dava a ideia de que, em razão do caráter mandamental da decisão, o Congresso Nacional teria de legislar dentro de tal período de 18 meses, prazo, inclusive, fixado no dispositivo do acórdão.

Em não elaborando a lei, dado o caráter mandamental, consequências processuais poderiam decorrer e, ainda, parece-nos que seria possível aplicar, por analogia, o art. 64 da CF/1988, com a ideia de travamento de pauta, ou, quem sabe, diante da evolução da jurisprudência do STF no controle das omissões legislativas (MI 712 – cf. item 14.11.5.7) e das novidades introduzidas pela Lei nº 13.300/2016, o suprimento da omissão pelo próprio STF.

Questionando os efeitos práticos da ADO 3.682, em 2008, o Presidente da Câmara dos Deputados encaminhou o Ofício nº 1073/2008/SGM/P, de 2008, ao Presidente do STF, dizendo não ter tomado conhecimento de decisão que "obrigasse" o Parlamento a elaborar a LC, assim como alertando sobre o risco de a decisão do STF violar o princípio da separação de Poderes (art. 2º, da CF/1988), caso fosse realmente impositiva a decisão proferida.

Contudo, restringindo nossa opinião, o então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, determinou, em 2008, por meio do Ofício nº 346/GP, fosse comunicado ao Presidente da Câmara dos Deputados o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187, e esclareceu: "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nº. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a Lei Complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios".

Deixou claro, no entanto, que findo o prazo de 24 meses e não resolvida a situação dos Municípios criados violando a regra contida no art. 18, § 4º, da CF/1988, eles desapareceriam, restabelecendo a situação anterior.

Para tentar resolver esse impasse, o CN promulgou a EC nº 57/2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT: "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja Lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006,

[225] O acórdão pode ser encontrado no site do STF, digitando o número 3682; aguardamos as observações e comentários de nossos ilustres leitores para saber qual a melhor interpretação a que chegaram, apesar do esclarecimento, em 2008, pelo Ministro Gilmar Mendes, por meio de Ofício ao Presidente da CD, no sentido de se tratar de mero apelo, fixando-se um parâmetro temporal razoável.

atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

Percebe-se que referida EC nº busca convalidar o vício formal de todas as leis estaduais que criaram Municípios sem a observância do art. 18, § 4º, da CF/1988, "constitucionalizando", de maneira ilegítima, leis que nasceram inconstitucionais.

Parece-nos bem complicado aceitar que Municípios que foram criados, alguns até, por exemplo, sem o plebiscito adequado, sem um rigoroso estudo de viabilidade, sejam convalidados por emenda constitucional em um "gritante" e imoral mecanismo de constitucionalidade superveniente.

Em nosso entender, a EC nº foi contra a decisão do STF que fazia um "apelo" para se elaborar a Lei Complementar e, uma vez elaborada, a decisão do STF era no sentido de se corrigir o vício apontado, dando oportunidade para que os Municípios criados preenchessem todos os requisitos constantes do art. 18, § 4º, da CF/1988.

Foi por esse motivo que o STF fixou um prazo distinto na modulação dos efeitos.

Lembrando, o apelo era para o Congresso Nacional fazer a Lei em 18 meses e, em relação aos Municípios, foi fixado o prazo de 24 meses de sobrevida. Essa diferença de 6 meses seria para que o Município corrigisse o vício formal de inconstitucionalidade, e, se nada fizesse, findo o prazo maior de 24 meses, implacavelmente, o Município desapareceria. Sem dúvida, novamente, insistimos, a EC nº mostra-se ilegítima e inconstitucional.

Resta saber como o STF interpretará essa questão se, eventualmente, a EC nº 57/2008 vier a ser objeto de futura ADI (matéria pendente).

Temos observado que os municípios que foram criados a partir de 31.12.2006, data estabelecida pela emenda, não estão sendo preservados pelo STF, já que referida emenda convalidou expressamente apenas aqueles que foram efetivamente criados até aquela data, conforme se observa pelo comando contido no art. 96, do ADCT (cf. ADI 4.992, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Alertamos, contudo, que, em determinado caso concreto, o STF acabou aceitando os termos da referida emenda, o que, com o máximo respeito, pelos motivos expostos, não entendemos ter sido a melhor decisão, até porque sustentamos que a EC nº 57/2008, além de ser imoral, é flagrantemente inconstitucional por violar a regra contida no art. 18, § 4º, da CF/1988. Vejamos:

"EMENTA: Criação do Município de Pinto Bandeira/RS. Ação julgada prejudicada pela edição superveniente, da EC nº 57/2008. Alegação de contrariedade à EC nº 15/1996 [...]. Com o advento, da EC nº 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja Lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação. A Lei 11.375/1999 foi publicada nos termos do art. 9º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, alterado pela EC nº 20/1997, pelo que a

criação do Município de Pinto Bandeira foi convalidada" (ADI 2.381 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

6.7.4.9.2 Novas perspectivas: ADOs 24, 25 e 26 – Um passo adiante nas decisões meramente recomendatórias

Passamos a estudar três importantes casos que sinalizam uma perspectiva de superação do tímido entendimento que se firmou na jurisprudência do STF no sentido de simplesmente constituir o Poder competente em mora.

O primeiro deles foi a decisão tomada pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento monocrático do pedido de medida cautelar na ADO 24 (j. 2013). Apesar de se tratar de julgamento monocrático e não pelo pleno (como aquele proferido na ADO 25, a seguir analisado), a sua importância se mostra extremamente relevante, e, por isso, o seu destaque.

O art. 27, da EC nº 19/1998 estabeleceu o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse a Lei de defesa do usuário de serviços públicos, aliás, um assunto extremamente importante quando se pensa nos serviços de saúde, educação, transporte, assistência social etc.

Nesse sentido, o art. 37, § 3º, I, da CF/1988 estabelece que a Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente e dentre outras questões as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. O art. 175, I, da CF/1988, por sua vez, ao disciplinar a prestação de serviços públicos, assevera, dentre outras questões, que a Lei disporá sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter o serviço adequado.

No momento do julgamento do pedido de liminar (j. 2013), haviam-se passado quase 20 anos, e a lei, que deveria ter sido editada em 120 dias, a contar da data, da EC nº 19/1998, ainda não tinha sido elaborada, apesar da existência de projetos de Lei tramitando (PLC nº 6.953/2002, substitutivo do PL nº 674/1999).

Tratava-se de mais um complicado exemplo de inatividade legislativa e, no caso, por existirem os projetos de lei, de *inertia deliberandi* (discussão e votação).

Em sua decisão, de maneira acertada, o Ministro entendeu que a inércia na apreciação dos projetos de Lei se mostrava inaceitável, já que manifesta a omissão a caracterizar afronta à Constituição (e, por que não dizer, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADO 3.682, omissão negligente e desidiosa a colocar em risco a própria ordem constitucional).

Dessa forma, acolhendo o pedido formulado pela OAB, fixou o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse a lei.

Muito embora tenha sido fixado o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse a lei, de maneira extremamente complicada, pois não se respeitou a ordem judicial que fixava o prazo mais do que razoável, sendo editada somente pela Lei nº 13.460/2017, estabelecendo as normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

A Lei é bastante avançada e traz importantes conquistas. Contudo, algo nos chamou muito a atenção: o art. 25 do dispositivo legal estabelece os seguintes prazos, a contarem da publicação, para sua vigência (*vacatio legis*):

• 360 dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

• 540 dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

• 720 dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

Realmente, lamentável essa previsão de *vacatio legis* extremamente desarrazoada. A EC nº 19/1998, há 19 anos, fixou um prazo de 120 dias para que a Lei fosse elaborada. Passados não 120 dias, mas 19 anos, ou seja, quase 7000 dias (e não 120, insista-se), a Lei foi publicada. Curiosamente, os Parlamentares fixaram novos prazos para sua vigência, totalmente inaceitáveis. Em nosso entender, o art. 25, da Lei, que estabelece referidos prazos, tendo como parâmetro o de 120 dias a contar da promulgação, da EC nº 19/1998, ou seja, a contar de 04.06.1998, é flagrantemente inconstitucional.

Essa questão, pensamos, poderia ter sido discutida na referida ADO em análise, sob a perspectiva de que o desproporcional prazo de *vacatio legis* significou afronta ao prazo de 120 dias fixado na liminar, que foi proferida no ano de 2013. Em 2017, contudo, o processo foi extinto em razão do advento, da Lei e, assim, eventual discussão somente poderá ser travada em ação individual ou mediante a propositura de eventual ADI.

Agora passamos a analisar o segundo precedente, qual seja, o julgamento da ADO 25, que se deu pelo pleno do STF e, assim, sem dúvida, trouxe novas e avançadas perspectivas.

Conforme expresso na E.M.I. nº 84/MF/C.Civil, de 2003, que encaminhou a PEC 41/2003, aprovada como EC nº 42/2003 ("Reforma Tributária"), objetivava-se, com as alterações propostas, "mantendo a arrecadação nas três esferas de governo e fortalecendo a Federação", "estimular a atividade econômica e a competitividade do País, através da racionalização e simplificação dos tributos".

Assim, dentre as várias modificações introduzidas pela reforma, destacamos a constitucionalização da desoneração do ICMS prevista na Lei Kandir (LC nº 87/1996 e suas alterações). Essa medida, contudo, gerou expressivo impacto nas finanças estaduais e prejuízos, já que, ao se prescrever a imunidade constitucional (art. 155, § 2º, X, "a", da CF/1988), acabou com a referida receita pública.

Para compensar essa perda de arrecadação, o art. 91, do ADCT, introduzido pela EC nº 42/2003, estabeleceu uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União para os Estados e o DF, consagrando um inegável exemplo de federalismo cooperativo, com o objetivo de atenuar os impactos financeiros decorrentes dos incentivos tributários.

Todo esse mecanismo compensatório, contudo, de acordo com a regra constitucional introduzida, depende de Lei Complementar nacional, que definirá o montante de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, "a", da CF/1988.

Muito embora tenham sido fixados critérios provisórios de repasse nos termos do art. 91, § 3º, do ADCT, que remete às regras, da Lei Kandir (LC 87/1996), essa previsão se mostra tímida e não reflete a realidade, estando muitos Estados com vultosos prejuízos. Há, portanto, uma inegável mora legislativa do Congresso Nacional desde 2003.

Diante desse quadro, em 2016, o STF julgou a ADO 25 e, por maioria, fixou prazo de 12 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão. Findo esse prazo e não sendo elaborada a Lei Complementar, caberá ao Tribunal de Contas da União (justificando essa incumbência ao TCU em razão do prescrito no art. 161, parágrafo único, da CF/1988) a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios do art. 91, do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Quando vier a ser elaborada a necessária Lei Complementar pelo Congresso Nacional, naturalmente, cessará de imediato a competência do TCU, conferida de forma precária e excepcional pela decisão judicial da Corte.

Estamos diante, neste caso da ADO 25, de precedente extremamente significativo e emblemático, que consagra a posição concretista intermediária que é a regra estabelecida pela Lei que regulamentou o mandado de injunção (cf. art. 8º, da Lei nº 13.300/2016 e discussão no item 14.11.5.7 deste nosso estudo). Como disse a Min. Cármen Lúcia, "a fixação de um prazo para que o parlamento supra a omissão é um passo adiante na natureza recomendatória que se tinha no julgamento das ADOs" (Notícias STF de 2016).

Como já havíamos dito em edições anteriores, parece razoável que a técnica que vem sendo utilizada no MI também possa ser aqui aplicada, especialmente em casos, como os destacados, de inércia desrespeitosa.

Finalmente, destacamos o julgamento da ADO 26 (em conjunto com o MI 4.733), na qual, de maneira inovadora, o STF adotou a posição concretista direta, geral e com efeito vinculante.

O Tribunal, por maioria, reconheceu o "estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem o art. 5º, XLI e XLII da CF/1988, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT".

Assim, diante da existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, a Corte cientificou o Congresso Nacional, constituindo-o em mora formal.

Contudo, sem dar qualquer prazo ou obrigar o Congresso Nacional a legislar (o que poderia significar afronta à separação de poderes), o STF deu "interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos no art. 5º, XLI e XLII da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento pleno do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão" (ADO 26, j. 2019).

Os Ministros Lewandowski e Toffoli questionaram se seria possível o Poder Judiciário estabelecer a criminalização de determinada conduta, especialmente diante da regra contida no art. 5º, XXXIX, da CF/1988, que consagra o princípio da estrita reserva legal (cf. item 14.10.28.2). Em outras palavras e abrindo o questionamento: poderia o Poder Judiciário ter criminalizado uma determinada conduta, invadindo a atribuição específica do Poder Legislativo?

Em um primeiro momento, entendemos que não, mesmo que se esteja diante de interpretação conforme à Constituição. Pensamos que o Supremo "legislou", e, nesse sentido, por mais que tenhamos a expectativa de um STF mais ativo no controle das omissões normativas, essa atuação positiva em matéria penal, definindo condutas criminosas, mostra-se muito delicada. (Estamos avaliando, contudo, diante do importante comando constitucional estabelecido nos mandados constitucionais de incriminação inscritos no art. 5º0 XLI e XLII, da CF/1988, até que ponto se poderia tolerar a inércia parlamentar. Qual seria o limite dessa omissão inconstitucional?)

De todo modo, deixando de lado essa nossa crítica, analisando apenas a evolução das decisões tomadas pelo STF nas ADOs 24, 25 e 26, temos esperanças de que essas novas perspectivas consagrem um novo sentido para a ADO que não seja o da ineficiente "mera ciência".

6.7.4.10 A atual jurisprudência do STF admite a fungibilidade entre ADI e ADO?

Sim.

Pedimos vênia para transcrever a ementa do precedente, recomendando a leitura do voto do Min. Gilmar Mendes, bem como a análise da discussão que expusemos no item 6.7.3.10 deste estudo, tendo o STF estabelecido alguns parâmetros:

"EMENTA: Senhores Ministros, Senhoras Ministras. Estamos diante de um caso deveras interessante. Temos quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 1.987/DF, ADI nº 875/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF) imbricadas por uma evidente relação de conexão, fenômeno que determina o seu julgamento conjunto, conforme a jurisprudência desta Corte (ADI-MC nº 150, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1990). Por outro lado, é possível observar a intenção dos requerentes de estabelecer uma nítida distinção de pedidos: uns pela declaração da inconstitucionalidade por omissão e outros pela declaração da inconstitucionalidade (por ação). [...] O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar a patente fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. [...] A Lei nº 9.868/1999 possui capítulos específicos para a ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e para a ação declaratória de constitucionalidade (Capítulo III). Com a nova Lei nº 12.063/2009, a Lei nº 9.868/1999 passa a contar com o capítulo II-A, que estabelece rito procedimental e medidas cautelares específicas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Lei nº 9.882/1999, por seu turno, trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No Supremo Tribunal Federal, atualmente, todas as ações possuem uma classe específica de autuação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Portanto, ante a aparente confusão inicialmente verificada nos diversos pedidos, como demonstrado, e tendo em vista a patente defasagem da jurisprudência até então adotada pelo Tribunal, temos aqui uma valiosa oportunidade para superarmos o antigo entendimento e reconhecermos o caráter fungível entre as ações" (ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

6.7.5 Representação interventiva (IF)

6.7.5.1 Conceito (IF)

O art. 18, caput, da CF/1988 estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Vale dizer, como regra geral, nenhum ente federativo deverá intervir em qualquer outro.

Excepcionalmente, no entanto, a Constituição Federal prevê situações (de anormalidade) em que poderá haver a intervenção:

• União nos Estados, Distrito Federal (hipóteses do art. 34) e nos Municípios localizados em Território Federal[226] (hipótese do art. 35);

• Estados em seus Municípios (art. 35).

A representação interventiva, que surgiu, conforme visto, com a Constituição de 1934, apresenta-se como um dos pressupostos para a decretação da intervenção federal, ou estadual, pelos Chefes do Executivo, nas hipóteses contempladas na CF/1988.[227] Assim, reforce-se, nessa modalidade de procedimento, quem decreta a intervenção não é o Judiciário, mas o Chefe do Poder Executivo.

Clèmerson Clève, ao analisar o instituto, conclui tratar-se de "... procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização, da Lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio de ação direta".[228]

O Judiciário exerce, assim, um controle da ordem constitucional tendo em vista o caso concreto que lhe é submetido à análise.

Nesse sentido, Barroso observa que "... embora seja formulado um juízo de certa forma abstrato acerca da constitucionalidade do ato normativo – nas hipóteses em que o ato impugnado tenha essa natureza (e, acrescente-se, veremos que o objeto não se resume a ato normativo) – não se trata de processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal".[229]

---

[226] Adiantamos observação a ser feita no capítulo sobre Federação, de que a CF/1988 extinguiu os Territórios que existiam, permitindo, contudo, a criação de novos Territórios Federais, na hipótese do art. 18, § 3º (cf. item 7.8.5).

[227] Explicita-se que apenas em determinadas hipóteses será necessário o prévio ajuizamento e procedência da ADI interventiva para se decretar a intervenção federal ou estadual. Os arts. 34 e 35 estabelecem situações nas quais se decreta a intervenção sem a aludida representação de inconstitucionalidade.

[228] CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*.

[229] BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*.

O Judiciário não nulifica o ato, mas apenas verifica se estão presentes os pressupostos para a futura decretação da intervenção pelo Chefe do Executivo.

Poderíamos pensar, então, em 3 fases do procedimento, estudadas a seguir:

FASE 1	FASE 2	FASE 3
• fase jurisdicional: o STF ou TJ analisam apenas os pressupostos para a intervenção, não nulificando o ato que a ensejou. Julgando procedente o pedido, requisitam a intervenção para o Chefe do Executivo	• intervenção branda: o Chefe do Executivo, por meio de decreto, limita-se a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade • controle político? Não. Nesta fase 2, está dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa	• intervenção efetiva: se a medida tomada durante a fase 2 não foi suficiente, o Chefe do Executivo decretará a efetiva intervenção, devendo especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor • controle político? Sim. Nesta fase 3, deverá o Decreto do Chefe do Executivo ser submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de 24 horas, sendo que, estando em recesso, será feita a convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas

6.7.5.2 Representação interventiva federal (ADI interventiva federal)

O art. 36, III, da CF/1988, primeira parte, estabelece que a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, da CF/1988, quais sejam, os princípios sensíveis da Constituição.

Durante a vigência do texto de 1988, jamais se passou da fase 1 (judicial) para a fase 2 (decretação pelo Chefe do Poder Executivo), muito embora alguns poucos pedidos de intervenção, com base no art. 36, III, da CF/1988, destacando-se:

IF 114 (1991): pedido de intervenção em razão de omissão do poder público no controle de linchamento de presos no Estado de Mato Grosso. No mérito, o STF entendeu que não era caso de intervenção, indeferindo, portanto, o pedido;

• IF 4.822 (2005): pedido de intervenção no Centro de Atendimento Juvenil Especializado (CAJE), com base em deliberação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que condenou a sua estrutura física e gerencial. A Min. Cármen Lúcia, "considerando o decurso do tempo, os termos em que apresentado o pedido de intervenção federal e a notícia, de domínio público, sobre a desativação e demolição do antigo Centro de Atendimento Juvenil Especializado do Distrito Federal", em 2018, julgou prejudicado o pedido de intervenção federal por perda superveniente de objeto;

• IF 5.129 (2008): pedido de intervenção formulado pelo PGR contra o estado de Rondônia, por suposta violação a direitos humanos no presídio Urso Branco, em Porto Velho, que se encontra em situação de "calamidade". Segundo o então PGR, Antônio Fernando Souza, "... nos últimos oito anos contabilizaram-se mais de cem mortes e dezenas de lesões corporais [contra presos], fruto de motins, rebeliões entre presos e torturas eventualmente perpetradas por agentes penitenciários" (Notícias STF, 2008) (matéria pendente de julgamento pelo STF);

• IF 5.179 (2010): pedido de intervenção por suposto esquema de corrupção no DF. Conforme relatado a seguir, no mérito, o pedido foi julgado improcedente.

6.7.5.2.1 Objeto (IF)

Apesar de, em um primeiro momento, o STF, mesmo diante de doutrina em sentido contrário (Alfredo Buzaid[230]), ter limitado o objeto da ação somente a atos normativos (Rp 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes, j. 1946), o entendimento atual é o mais amplo possível, podendo ser objeto da ação:

• Lei ou ato normativo que viole princípios sensíveis;

• omissão ou incapacidade das autoridades locais para assegurar o cumprimento e preservação dos princípios sensíveis, por exemplo, os direitos da pessoa humana;

• ato governamental estadual que desrespeite os princípios sensíveis;

• ato administrativo que afronte os princípios sensíveis;

• ato concreto que viole os princípios sensíveis.

A fase judicial da intervenção não se confunde com a fase judicial das demais ações de inconstitucionalidade, pois, como visto, na ADI Interventiva (ou, por alguns, denominada representação interventiva), o Tribunal não nulificará, na hipótese de lei, o ato normativo.

Em relação à omissão, trata-se de importante avanço, já sugerido pela doutrina e, posteriormente, sedimentado na jurisprudência do STF, bem como na Lei nº 12.562/2011.

Como exemplo, citamos situação em que presos no Estado do Mato Grosso, por omissão estatal e negligência, estavam sendo linchados pela população local, revoltada com a gravidade dos crimes praticados.

---

[230] Conforme anota Buzaid, ao comentar a regra contida no texto de 1946, o constituinte "... empregou a palavra ato com significação mais ampla do que a lei. Lei é ato oriundo do legislativo. Se toda Lei é ato, nem todo ato é lei. O ato, a que alude a regra constitucional, é qualquer ato, oriundo de qualquer dos poderes do Estado, conquanto que ofenda os princípios assegurados no art. 7º, VII, da CF/1988. O intérprete não pode, portanto, limitar onde o legislador manifestamente ampliou, incluindo apenas a Lei como objeto de apreciação, quando atos dos demais poderes também podem ofender os referidos princípios constitucionais" (BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*).

Naturalmente, o STF entendeu que a omissão e a incapacidade do governo local em garantir o direito de presos (direitos da pessoa humana) já seriam suficientes para o cabimento da ação. Nesse sentido:

"Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". [...] Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva." No tocante ao mérito do STF, contudo, embora a gravidade dos fatos, negou provimento ao pedido já que o Estado de Mato Grosso estaria procedendo a apuração do crime (IF 114, Rel. Min. Presidente Néri da Silveira, j. 1991).

O pedido de intervenção, conforme já referimos, também poderá envolver o DF, em razão de Lei ou ato normativo, omissão ou ato governamental distrital.

Nessa linha, destacamos, para exemplificar, pedido de intervenção em razão de ato governamental a sugerir suposto "esquema de corrupção", preservado, segundo o pedido formulado, por omissão das autoridades locais.[231]

Estamos nos referindo à IF 5.179, tendo sido o pedido formulado pelo PGR com base no art. 34, VII, "a", da CF/1988, por suposta violação aos princípios republicano e democrático, bem como ao sistema representativo.

O pedido de intervenção federal fundou-se na "... alegação da existência de esquema de corrupção que envolveria o ex-Governador do DF, alguns Deputados Distritais e suplentes, investigados pelo STJ, e cujo concerto estaria promovendo a desmoralização das instituições públicas e comprometendo a higidez do Estado Federal. Tais fatos revelariam conspícua crise institucional hábil a colocar em risco as atribuições político-constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e provocar instabilidade da ordem constitucional brasileira. [...] No mérito, entendeu-se que o perfil do momento político-administrativo do Distrito Federal já não autorizaria a decretação de intervenção federal, a qual se revelaria, agora, inadmissível perante a dissolução do quadro que se preordenaria a remediar...", tendo ficado vencido o Min. Ayres Britto (IF 5.179, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010, Plenário, DJE de 2010 e Inf. 593/STF).

---

[231] Querido leitor, vale a leitura do pedido de intervenção no DF formulado pelo Dr. Roberto Gurgel, PGR, que relata fatos chocantes e estarrecedores. A sua íntegra poderá ser encontrada em Notícias STF, 2010.

Em face da gravidade dos fatos expostos na inicial, muito embora o indeferimento do pedido de intervenção acima relatado, vale a pena reproduzir passagens do voto vencido do Min. Ayres Britto (que pode ser lido na íntegra, uma vez que já publicado o referido acórdão):

““O Distrito Federal padece de leucemia ética, democrática e cívica, pelas suas cúpulas no âmbito do Legislativo e do Executivo. O caso é de hecatombe institucional. E aí, serve como luva encomendada essa ferramenta chamada de intervenção”, disse Ayres Britto.

Gurgel pediu a intervenção após ser deflagrada uma crise política na capital federal a partir de operação da Polícia Federal que investigou denúncias de corrupção, formação de quadrilha, desvio de verbas públicas e fraude em licitações no governo do DF.

Ayres Britto afirmou que a máquina administrativa distrital ainda padece de deficiências graves, mesmo após a eleição indireta do governador Rogério Rosso (PMDB) e que o Poder Legislativo ainda se encontra em estado de letargia, de não funcionamento. “A mentalidade dos governantes nos dois Poderes, Executivo e Legislativo, não mudou, permanece”, ponderou. “O caso é de cultura antirrepublicana de governo. Daí a necessidade da intervenção federal”.

Ele acrescentou ainda que há “provas robustas”, com fitas e depoimentos que evidenciam a situação de corrupção na capital federal, mas ressaltou que essa situação é, na verdade, um sintoma. “A causa da corrupção, dos desvios administrativos, de tantos conluios espúrios está em uma cultura antirrepublicana que se instalou no Distrito Federal de longa data. Uma cultura antirrepublicana de governo que não é de agora”, afirmou.

Ele destacou a importância do Distrito Federal perante a nação, por ser a capital da República, como mais uma razão para a intervenção, e foi taxativo: “O bom exemplo republicano, representativo, democrático, ético tem que partir de Brasília. O bom exemplo vem de cima”.

“Acho que a oportunidade é excelente para se fazer uma profilaxia. Não para cassar o Distrito Federal. Na verdade, se trata de libertar o Distrito Federal das garras de um perigosíssimo esquema de enquadrilhamento para assaltar o erário”, concluiu Ayres Britto” (cf. Notícias STF, 2010).

6.7.5.2.2 Princípios sensíveis

Cabe o pedido de intervenção, já referimos, quando houver violação aos denominados princípios sensíveis, que estão expostos no art. 34, VII, “a” à “e”, da CF/1988:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta;

• aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e nos serviços públicos de saúde.

6.7.5.2.3 Competência (IF)

Na hipótese de representação interventiva federal, a competência é originária do STF (art. 36, III, da CF/1988).

6.7.5.2.4 Legitimidade (IF)

O único e exclusivo legitimado ativo para a propositura da representação interventiva federal é o Procurador-Geral da República, que tem total autonomia e discricionariedade para formar o seu convencimento de ajuizamento.

Já se sustentou atuar ele como representante da União, chegando, outros, a sugerir, no entanto, que essa atribuição fosse transferida, por emenda, para o AGU.

Contudo, não nos parece adequado nem a ideia de representação da União, em virtude da regra constante no art. 129, IX, da CF/1988, que veda, expressamente, por parte do Ministério Público, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, nem mesmo a transferência dessa atribuição para o AGU.

O entendimento que deve ser adotado é o de que o PGR atua em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sobretudo, no caso, a defesa do equilíbrio federativo.

Legitimado passivo deve ser entendido como o ente federativo no qual se verifica a violação ao princípio sensível, da CF/1988, devendo ser solicitadas informações às autoridades ou aos órgãos estaduais ou distritais responsáveis, como a Assembleia Legislativa local ou o Governador, neste último caso representado pelo Procurador-Geral do Estado ou do DF (art. 132, da CF/1988).

Verifica-se, assim, uma relação processual controvertida entre a União e os Estados-Membros ou o DF.

6.7.5.2.5 Procedimento (IF)

O procedimento da representação interventiva federal estava previsto na Lei nº 4.337/1964, assim como nos art. 20 e art. 21, da Lei nº 8.038/1990 e nos art. 350 ao art. 354 do RISTF.

Contudo, cabe alertar a publicação, da Lei nº 12.562/2011, regulamentando o art. 36, III, da CF/1988, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o STF.

Proposta a ação pelo Procurador-Geral da República, no STF, a petição inicial deverá conter:

• a indicação do princípio constitucional sensível (art. 34, VII, da CF/1988) que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de Lei Federal, das disposições questionadas (esta última hipótese será tratada no capítulo 7, no item sobre intervenção federal);

• a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados;

• a prova da violação do princípio constitucional ou da recusa de execução de Lei Federal;

• o pedido, com suas especificações.

A petição inicial será apresentada em 2 vias, devendo conter, se for o caso, cópia do ato questionado (estadual ou distrital) e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Incumbe ao relator indeferir liminarmente a petição inicial quando:

• não for o caso de representação interventiva;

• faltar algum dos requisitos estabelecidos na lei;

• for inepta.

Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá, de acordo com a lei, agravo, no prazo de 5 dias.

Mas cuidado, entendemos que essa regra, prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 12.562/2011, foi revogada pelo CPC.

De acordo com o Novo Código, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos art. 994, III, e art. 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo interno para o pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2º), passa a ser de 15 dias (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do CPC, dar-se em dias úteis.

Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir (administrativamente) o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno.

Não solucionado o problema e não sendo caso de arquivamento, apreciado eventual pedido de liminar ou, logo após recebida a petição inicial, se não houver pedido de liminar,

o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, que as prestarão em até 10 dias.

Decorrido o prazo para prestação das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o AGU e o PGR, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 10 dias.

O relator, se entender necessário, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que elabore laudo sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Poderão ser autorizadas, ainda, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo, reconhecendo-se, assim, nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.562/2011, a manifestação de *amicus curiae*.

Vencidos os prazos ou, se for o caso, realizadas as diligências, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

A decisão sobre a representação interventiva somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 Ministros (*quorum* de instalação da sessão de julgamento, como se verifica, também, na ADI), devendo ser proclamada a procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos 6 Ministros (maioria absoluta).

Estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será suspenso, a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão.

Julgado procedente o pedido, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do STF, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 dias, dar cumprimento ao art. 36, 1º § e 3º§ , da CF/1988.

Dentro do prazo de 10 dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Por se tratar de "requisição", e não mera solicitação, o Presidente da República não poderá descumprir a ordem mandamental, sob pena de cometimento tanto de crime comum como de responsabilidade, devendo, então, decretar a intervenção (por nós denominada, nesta agora fase 2 – vide quadro supra, item 6.7.5.1 –, intervenção branda).

O Presidente da República, nos termos do art. 36, § 3º, da CF/1988, por meio de decreto, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado. Caso essa medida não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, aí, sim, o Presidente da República decretará a intervenção federal (fase 3 – intervenção efetiva).

Nesse último caso, o Decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/1988), será submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de 24 horas (controle político). Se o Congresso Nacional não estiver funcionando, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas (art. 36, § 1º e § 2º, da CF/1988).

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo por impedimento legal (art. 36, § 4º, da CF/1988).

Cabe alertar que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é:

- irrecorrível;
- insuscetível de impugnação por ação rescisória.

6.7.5.2.6 Medida liminar (IF)

Barroso chegou a sustentar que "a natureza e a finalidade da ação direta interventiva não são compatíveis com a possibilidade de concessão de medida liminar. Não há como antecipar qualquer tipo de efeito, como a eventual suspensão do ato impugnado, uma vez que a própria decisão de mérito tem como consequência apenas a determinação de que o Chefe do Executivo execute a intervenção".[232]

Cumpre lembrar, contudo, que o art. 2º, da Lei nº 5.778/1972, que regula o processo da representação interventiva estadual, estabelece que o relator da representação poderá, a requerimento do chefe do Ministério Público estadual e mediante despacho fundamentado, suspender liminarmente o ato impugnado.

Anteriormente, o art. 5º, da Lei nº 4.337/1964 previa um procedimento abreviado para a análise do pedido.

Finalmente, o art. 5º, da Lei nº 12.562/2011 admitiu expressamente o cabimento de medida liminar na representação interventiva, mas somente por decisão da maioria absoluta dos Ministros.

Parece que a não previsão de concessão de medida liminar pelo Relator ou pelo Ministro Presidente do STF (diferente das outras ações de controle) vai ao encontro da preocupação lançada por Barroso e da gravidade dos efeitos da decisão em relação à Federação.

Para concessão da liminar, o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o AGU ou o PGR, no prazo comum de 5 dias.

---

[232] BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.*

A liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva.

6.7.5.2.7 Representação interventiva no caso de recusa à execução de Lei Federal

O art. 36, III, da CF/1988 estabelece o cabimento de representação interventiva perante o STF, a ser ajuizada pelo PGR, no caso de recusa à execução de Lei Federal por parte de Estado-Membro ou do Distrito Federal (art. 34, VI, 1ª parte, da CF/1988).

Gilmar Mendes prefere falar em "recusa à execução do direito federal",[233] o que também entendemos mais adequado.

Relembramos que, originalmente, o texto de 1988 falava em competência do STJ, equívoco este corrigido pela Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), que, acertadamente, deixou claro ser competência do STF, até porque, no fundo, o que se tem é um conflito entre a União e o Estado ou a União e o DF (que descumprem ou não aplicam o direito federal), incidindo, assim, a regra do art. 102, I, "f", da CF/1988, e, portanto, a competência do STF.

O procedimento está previsto, igualmente, na Lei nº 12.562/2011, e tudo o que se falou acima se aplica à hipótese.

A doutrina tem-se limitado a tratar como ADI Interventiva (admitindo-se essa nomenclatura ainda como adequada) a hipótese do art. 34, VII, da CF/1988 (violação aos princípios sensíveis), e, assim, remetemos o nosso ilustre leitor para a temática da intervenção federal estudada no capítulo 7 (item 7.12).

6.7.5.3 Representação interventiva estadual (ADI interventiva estadual)

O processo da representação interventiva estadual está regulamentado na Lei nº 5.778/1972, que, em seu art. 1º, caput, estabelece que o processo e o julgamento das representações interventivas estaduais em Municípios regulam-se, no que for aplicável, pela Lei nº 4.337/1964, excetuado o seu art. 6º (que tinha a seguinte redação: "só caberão embargos, que se processarão na forma da legislação em vigor, quando, na decisão, forem 3 (três) ou mais os votos divergentes").

Alertamos, contudo, que, com o advento, da Lei nº 12.562/2011, que tratou de toda a matéria, a nosso ver, a Lei nº 4.337/1964 foi totalmente revogada e, assim, o procedimento

---

[233] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

deverá observar, no que couber, as novas regras introduzidas pela referida Lei nº 12.562/2011.

O art. 35, IV, da CF/1988, por sua vez, dispõe que a intervenção estadual, a ser decretada pelo Governador de Estado, dependerá de provimento pelo TJ local de representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. As regras vêm previstas nas Constituições estaduais e nos regimentos internos dos tribunais locais, devendo, em essência, por simetria, seguir o modelo federal, de acordo com o seguinte quadro:

	ADI INTERVENTIVA FEDERAL	**ADI INTERVENTIVA ESTADUAL**
Fase 1 – "Judicial"		
OBJETO	• Lei ou ato normativo, ou omissão, ou ato governamental estaduais ou distritais que desrespeitem os princípios sensíveis previstos no art. 34, VII, "a" à "e", da CF/1988	• Lei ou ato normativo, ou omissão, ou ato governamental municipais que desrespeitem os princípios sensíveis indicados na Constituição Estadual
COMPETÊNCIA	• STF – originária	• TJ – originária
LEGITIMADO PASSIVO	• Ente federativo (Estado ou DF) no qual se verifica a violação ao princípio sensível, da CF/1988, devendo ser solicitadas informações às autoridades ou aos órgãos estaduais ou distritais responsáveis pela violação aos princípios sensíveis	• Ente federativo (Município) no qual se verifica a violação ao princípio sensível da Constituição Estadual, devendo ser solicitadas informações às autoridades ou aos órgãos municipais responsáveis pela violação aos princípios sensíveis
PROCEDIMENTO	• Proposta a ação pelo Procurador-Geral da República, no STF, quando a Lei ou o ato normativo de natureza estadual (ou distrital), ou omissão, ou ato governamental contrariarem os princípios sensíveis, da CF/1988, buscar-se-á a solução administrativa • Não sendo o caso, nem o de arquivamento, serão solicitadas informações às autoridades estaduais ou distritais responsáveis e ouvido o PGR, sendo, então, o pedido relatado e levado a julgamento • Julgado procedente o pedido (*quorum* do art. 97 da CF/1988, maioria absoluta), o Presidente do STF imediatamente comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessados e requisitará a intervenção ao Presidente da República, que, por se tratar de "requisição", e não mera solicitação, não poderá descumprir a ordem mandamental, sob pena de cometimento tanto de crime comum como de responsabilidade, inaugurando-se, assim, a fase 2 do procedimento	• Proposta a ação pelo Procurador-Geral de Justiça, no TJ, quando a Lei ou o ato normativo, ou omissão, ou ato governamental de natureza municipal contrariarem os princípios sensíveis previstos na Constituição Estadual, buscar-se-á a solução administrativa • Não sendo o caso, nem o de arquivamento, serão solicitadas informações às autoridades municipais responsáveis e ouvido o PGJ, sendo, então, o pedido relatado e levado a julgamento • Julgado procedente o pedido (*quorum* do art. 97, da CF/1988, maioria absoluta), o Presidente do TJ imediatamente comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessados e requisitará a intervenção ao Governador do Estado, que, por se tratar de "requisição", e não mera solicitação, não poderá descumprir a ordem mandamental, sob pena de cometimento tanto de crime comum como de responsabilidade, inaugurando-se, assim, a fase 2 do procedimento

Fase 2 – "Intervenção Branda"		
DECRETO DO EXECUTIVO	• O Presidente da República, nos termos do art. 36, § 3º, da CF/1988, por meio de decreto, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade • Nessa fase, está dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional (controle político)	• O Governador do Estado, nos termos do art. 36, § 3º, da CF/1988, por meio de decreto, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade • Nessa fase, está dispensada a apreciação pela Assembleia Legislativa (controle político)
Fase 3 – "Intervenção Efetiva"		
DECRETO DO EXECUTIVO E CONTROLE POLÍTICO	• Caso a medida de mera suspensão não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, aí, sim, o Presidente da República decretará a efetiva intervenção no Estado ou no DF, executando-a com a nomeação de interventor, se for o caso, e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/1988) • Nesse caso de intervenção efetiva, haverá controle político pelo Congresso Nacional no prazo de 24 horas a contar do Decreto interventivo. Se o Congresso Nacional não estiver funcionando, far-se-á convocação extraordinária • Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal	• Caso a medida de mera suspensão não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, aí, sim, o Governador do Estado decretará a efetiva intervenção no Município, executando-a com a nomeação de interventor, se for o caso, e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/1988) • Nesse caso de intervenção efetiva, haverá controle político pela Assembleia Legislativa no prazo de 24 horas a contar do Decreto interventivo. Se a Assembleia Legislativa não estiver funcionando, far-se-á convocação extraordinária • Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal

6.8 Controle abstrato de constitucionalidade nos estados-membros

6.8.1 Regras gerais

Nos termos do art. 125, § 2º, da CF/1988, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Nesse sentido, o constituinte consagrou, ao menos na literalidade do referido dispositivo, o controle abstrato de constitucionalidade estadual, fixando regras claras:

• somente leis ou atos normativos estaduais ou municipais poderão ser objeto de controle;

• o parâmetro ou paradigma de confronto deverá ser a Constituição Estadual (e esse tema será retomado ao analisarmos a perspectiva das normas de reprodução obrigatória ou compulsória, da CF/1988 na Constituição Estadual – cf. item 6.8.5);

• apesar de não fixar explicitamente os legitimados, vedou a atribuição da legitimação para agir a um único órgão;

• o órgão competente para o julgamento da ação pela via principal será, exclusivamente, o TJ local.

Pelo princípio da simetria, muito embora o art. 125, § 2º, tenha fixado somente a possibilidade de instituição de representação de inconstitucionalidade (que corresponderia à ADI), parece-nos perfeitamente possível que, desde que respeitadas as regras, da CF/1988, se implementem os demais meios de controle, quais sejam, além do controle difuso, as ações de controle concentrado originariamente no TJ local, destacando-se: a já mencionada representação de inconstitucionalidade, a ADC, a ADPF, a ADO e a IF – representação interventiva (ADI interventiva estadual).[234]

Para este estudo, vamos concentrar a análise na representação de inconstitucionalidade, terminologia prescrita pela EC nº 16/1965 quando introduziu no direito brasileiro o controle concentrado.

6.8.2 Objeto

A teor do art. 125, § 2º, da CF/1988, o controle abstrato estadual terá por objeto exclusivamente leis ou atos normativos estaduais ou municipais.

Pode-se afirmar, assim, que o TJ local nunca julgará, em controle concentrado e abstrato, Lei Federal. Ou, em outras palavras, as leis federais só poderão ser objeto de controle abstrato perante o STF. Ou, ainda, o STF não julgará em ADI Lei municipal perante a Constituição Federal (só por meio de ADPF, como visto, ou, excepcionalmente, nas hipóteses de RE de normas de reprodução obrigatória, conforme desenvolvido no item 6.8.6).

6.8.3 Competência

Somente o TJ local será o órgão competente para, exercendo competência originária, julgar o controle de constitucionalidade abstrato estadual (art. 125, § 2º, da CF/1988).

6.8.4 Legitimados

---

[234] Nesse sentido, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Controle de constitucionalidade, teoria e prática.* Manoel Carlos de Almeida Neto, localizando, inclusive, expressa previsão de ADC Municipal positivada, como no art. 101, VII, "f", da Constituição do Paraná e art. 133, II, "m", da Constituição do Amapá, conclui: "a partir de uma interpretação sistemática do art. 102, I, "a", c/c o art. 125, § 2º, ambos da CF/1988, e tendo em vista o caráter dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, concluo ser absolutamente cabível a ADC no âmbito municipal com o objetivo de preservar a presunção de constitucionalidade, da Lei ou do ato normativo municipal" (ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de: *O novo controle de constitucionalidade municipal*).

A regra constitucional não especificou os legitimados. Apenas proibiu a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Assim, cabe às Constituições Estaduais a delimitação da regra, e, nesse sentido, como se trata de manifestação do poder constituinte derivado decorrente, deve-se respeitar, pela simetria, o art. 103, da CF/1988, consoante o quadro abaixo:

ART. 103 – CF/1988 – LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O STF	**ART. 125, § 2º – CF/1988 – LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O TJ LOCAL – "PRINCÍPIO DA SIMETRIA"**	**ART. 125, § 2º – CF/1988 – LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O TJ LOCAL – "PRINCÍPIO DA SIMETRIA" – ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO A LEIS OU ATOS MUNICIPAIS**
• Presidente da República	• Governador de Estado	• Prefeito
• Mesa do Senado Federal • Mesa da Câmara dos Deputados	• Mesa de Assembleia Legislativa	• Mesa de Câmara Municipal
• Procurador-Geral da República	• Procurador-Geral de Justiça	
• Conselho Federal da OAB	• Conselho Seccional da OAB	
• Partido político com representação no Congresso Nacional	• Partido político com representação na Assembleia Legislativa	• Partido político com representação na Câmara do Município
• Confederação sindical	• Federação sindical	
• Entidade de classe de âmbito nacional	• Entidade de classe de âmbito estadual	

A pergunta que surge é se poderia a Constituição Estadual ampliar para Deputados Estaduais, Procurador-Geral do Estado ou do Município, Defensor Público-Geral do Estado, ou ainda por iniciativa popular (ação popular – Popularklage), legitimados que não guardam simetria com o art. 103 da CF/1988 (que não fixou legitimação para Deputado Federal ou Senador, ou para o AGU ou Procurador da Fazenda, ou Defensor Público Geral da União etc.).

Entendemos que sim, até porque tal previsão prestigiaria a intenção do constituinte de 1988, que foi no sentido de ampliar o rol de legitimados para a propositura de ADI.

O STF já se manifestou em relação aos Deputados Estaduais: "Legitimação ativa de Deputado Estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade de normas locais em face da Constituição do Estado, à vista do art. 125, § 2º, da CF/1988. Precedente: ADI 558-9-MC, Pertence, j. 1991, DJ 1993" (RE 261.677, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006).

Outrossim, no precedente citado (ADI 558-9-MC), em julgamento de medida cautelar (pendente a apreciação do mérito), o STF entendeu como constitucional o art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com o seguinte teor: "Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça,

pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Procurador-Geral da Defensoria Pública, Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual".

Assim, ampliar, em âmbito estadual, os parâmetros estabelecidos pelo art. 103, da CF/1988, parece perfeitamente possível. E restringir, aquém da simetria, caracterizaria afronta à Constituição?

Cumprindo a literalidade da regra do art. 125, § 2º, da CF/1988 deverá ser observada a proibição de se estabelecer a legitimação para agir a um único órgão. Contudo, entendemos conveniente que se faça, ao menos, mas podendo ser ampliada, uma simetria estrita, apesar de o tema ainda não ter sido decidido pelo STF no caso da previsão bastante ampliada prevista no mencionado art. 162 da CE-RJ (ADI 558-9).

6.8.5 Parâmetro de controle (pauta de referência ou paradigma de confronto)

Conforme bem definiu Leoncy, "a expressão parâmetro de controle designa o complexo ou conjunto de normas superiores utilizadas como referência pelo Tribunal competente para analisar a legitimidade constitucional de leis e atos normativos submetidos a exame".[235]

Nesta parte do estudo, vamos descrever a literalidade prevista no art. 125, § 2º, da CF/1988, que define o controle concentrado de constitucionalidade estadual para, em seguida, analisar o atual entendimento do STF sobre o parâmetro ou paradigma de confronto nas hipóteses de norma de reprodução obrigatória ou compulsória, da CF/1988 na Constituição Estadual.

6.8.5.1 Regras gerais: literalidade do art. 125, § 2º, da CF/1988

CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DE ADI GENÉRICA	
STF (ADI)	TJ (ADI)
• objeto: Lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital de natureza estadual	• objeto: Lei ou ato normativo estadual ou municipal e, no âmbito do DF, Lei ou ato normativo distrital de natureza estadual ou municipal
• Regra: o STF não é intérprete originário de Lei municipal ou distrital de natureza municipal por meio de ADI	• Regra: o TJ não é intérprete originário de Lei Federal por meio de ADI estadual ou distrital
• parâmetro: CF	• parâmetro: Constituição Estadual ou, perante o Distrito Federal, Lei Orgânica do Distrito Federal (CUIDADO: analisar jurisprudência do STF para as hipóteses de normas de reprodução obrigatória – cf. item 6.8.5.2)

[235] LEONCY, Léo Ferreira: *Controle de constitucionalidade estadual* – original sem grifos.

• Regra: a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal não podem ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o STF é o intérprete final, da CF/1988	• Regra: a Constituição Federal não pode ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o TJ é o intérprete final da Constituição Estadual ou, no âmbito distrital, da Lei Orgânica do DF • Exceção: cf. item 6.8.5.2, em que se analisa a hipótese de norma de reprodução obrigatória

Conforme estudado e tendo em vista a literalidade da regra fixada no art. 125, § 2º, da CF/1988 o controle abstrato estadual por meio de ADI só poderá apreciar Lei ou ato normativo estadual ou municipal que forem confrontados perante a Constituição Estadual, ou Lei ou ato normativo distrital perante a Lei Orgânica do DF.

O TJ, assim, só realiza controle abstrato tendo como parâmetro a Constituição Estadual, não podendo ter como parâmetro (controle concentrado e abstrato) a Constituição Federal e, no caso do DF, tendo por parâmetro a Lei Orgânica do DF (CUIDADO: essa afirmação deve ser revista nas hipóteses de normas de reprodução obrigatória estudadas no item seguinte).[236]

Por sua vez, o STF só realiza controle concentrado e abstrato, por meio da ADI genérica, tendo como parâmetro a CF, não podendo ter como paradigma de confronto a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do DF, já que o STF é o intérprete final, da CF/1988.

Em relação ao objeto (ADI genérica), o TJ só apreciará Lei municipal ou estadual (aplicando-se, naturalmente, a regra para o DF, que acumula tanto a competência municipal como a estadual), enquanto o STF, apenas Lei Federal ou estadual (ou distrital de caráter estadual).

O TJ, então, não poderá realizar controle concentrado de Lei Federal, por meio de ADI genérica, seja em face da Constituição Estadual, seja em face, da CF/1988.

Em igual sentido, o STF não poderá analisar, originariamente, por meio da ADI genérica, Lei municipal em face da Constituição Estadual (ou Lei distrital, perante a Lei Orgânica do DF), mas apenas e excepcionalmente a Lei municipal (ou distrital de natureza municipal) perante a CF, mas pela via da ADPF.

Vejam que estamos nos referindo ao controle concentrado e em abstrato por meio da ADI genérica. Isso porque, em se tratando de controle difuso, seria perfeitamente possível que o TJ (art. 97, da CF/1988 – cláusula de reserva de plenário), pelo pleno ou Órgão Especial, de maneira incidental, apreciasse a constitucionalidade de Lei Federal perante a CF. Mas, percebam, somente no controle difuso.

---

[236] "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal" (ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, DJ de 2006. No mesmo sentido: RE 421.256, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2006, DJ de 2006).

6.8.5.2 Normas de reprodução obrigatória ou compulsória e normas de mera imitação (da CF/1988 na Constituição Estadual)

De acordo com o art. 25, caput, da CF/1988, os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal.

Esse dispositivo consagra a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, que, por sua vez, assegura aos Estados a sua capacidade de auto-organização.

Naturalmente, sabemos que os Estados não poderão extrapolar os limites fixados pela Constituição Federal, até porque se trata de limites colocados pelo próprio poder constituinte originário.

A grande dificuldade, portanto, é saber a amplitude e autonomia para o exercício dessa capacidade de auto-organização e, assim, identificar as normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal (e, por isso, nos exatos parâmetros fixados, sem possibilidade de abertura), distinguindo-as daquelas que se encontram dentro de um campo de liberdade normativa dos Estados-Membros e que, se "copiarem" as disposições da Constituição Federal, o farão por mera liberalidade, pois podem fixar um sentido distinto.

Nesses termos, podemos destacar as denominadas normas centrais da Constituição Federal, definidas por Raul Machado Horta como "um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado, com missão de manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-Membros e nos Municípios, que compõem a figura complexa do Estado Federal. As normas centrais não são normas de centralização, como as do Estado Unitário. São normas constitucionais federais que servem aos fins da participação, da coordenação e da autonomia das partes constitutivas do Estado Federal. Distribuem-se em círculos normativos, configurados na Constituição Federal, para ulterior projeção nas Constituições dos Estados. Nem sempre dispõem de aplicação imediata e automática. Identificam o figurino, o modelo federal, para nele introduzir-se, posteriormente, o constituinte estadual, em sua tarefa de organização do Estado Federado. Não são normas inócuas. A infringência de normas dessa natureza, na Constituição do Estado ou na legislação estadual, gera a sanção da inconstitucionalidade".[237]

A partir desse conceito, Horta distingue a Constituição Total da Constituição Federal: aquela é segmento desta última e aglutina as normas centrais que devem ser observadas pelas Constituições estaduais.

---

[237] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

• Essas normas centrais podem ser definidas como normas de reprodução (absorção) obrigatória ou compulsória pelos Estados-Membros e foram assim exemplificadas pelo autor:[238]

• normas dos direitos e garantias fundamentais;

• normas de repartição de competência;

• normas dos direitos políticos;

• normas de preordenação dos poderes do Estado-membro;

• normas dos princípios constitucionais enumerados (Pontes de Miranda os denomina "princípios constitucionais sensíveis"), previstos no art. 34, VII, "a" à "e", da CF/1988;

• normas da administração pública;

• normas de garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público;

• normas estabelecidas como "princípios gerais do direito tributário" e as de "limitação e instituição do poder tributário;

• normas contidas no capítulo sobre os "princípios gerais da atividade econômica";

• normas da Ordem Social.

Conforme observa o autor, "as normas centrais da Constituição Federal, tenham elas natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos e de normas de preordenação, afetam a liberdade criadora do poder constituinte estadual e acentuam o caráter derivado desse poder. Como consequência da subordinação à Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-Membros, a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução, mediante as quais faz a transferência da Constituição Federal para a Constituição do Estado das normas centrais, especialmente as situadas no campo das normas de preordenação".[239]

Em importante estudo sobre o tema da autonomia dos Estados-Membros,[240] Horta já havia constatado a íntima conexão entre as normas de reprodução e a expansividade do modelo federal. Nesses casos de comando da Constituição Federal, o Estado simplesmente realiza um processo de "transplantação".

Assim, o autor distingue as normas de reprodução, da CF/1988 na Constituição Estadual daquelas de mera imitação:[241]

• normas de reprodução: "decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior";

• normas de imitação: "exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência de sugestão exercida pelo modelo superior", traduzindo uma "adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional".

---

[238] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.
[239] *Ibid*.
[240] HORTA, Raul Machado: *A autonomia do estado-Membro no direito constitucional brasileiro*.
[241] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

Feita essa distinção, resta saber se seria possível a realização de controle de constitucionalidade pelo TJ local nas hipóteses de termos como parâmetro de confronto normas de reprodução obrigatória, da CF/1988 na Constituição Estadual ou se a aferição poderia ser realizada apenas nas hipóteses de normas de imitação ou naquelas elaboradas dentro de um campo de liberdade, sem qualquer influência, da CF/1988.

Isso porque – e é nesse ponto que a dúvida reside – em se tratando de norma de reprodução obrigatória ou compulsória, da CF/1988 na Constituição Estadual o que se tem no fundo é, em essência, uma final violação da Constituição Federal, pois o Estado, ao elaborar a norma, não tem "espaço" para ampliação ou desvirtuamento.

Para responder a essa questão, temos de destacar três momentos distintos da jurisprudência do STF para, então, expor o atual posicionamento da Corte. Vejamos:[242]

PRECEDENTE	**NORMAS DE REPRODUÇÃO, da CF/1988 NA Constituição Estadual: cabe controle concentrado originariamente no TJ local tendo como parâmetro ou paradigma de confronto referidas normas compulsoriamente copiadas, da CF/1988 na Constituição Estadual?**	**NORMAS DE IMITAÇÃO: cabe controle concentrado no TJ local tendo como parâmetro ou paradigma de confronto a norma da Constituição Estadual que copiou, por liberalidade, a norma, da CF/1988?**
• Rcl 370 – j. 1992, Plenário, Rel. Min. Octavio Gallotti	• Não • Independentemente de estarem reproduzidas na Constituição Estadual, não caberá o controle estadual, pois a violação da Constituição Estadual será, no fundo, violação da própria Constituição Federal e o TJ não é intérprete final desta, havendo, por isso, usurpação da competência do STF	• Sim • No caso, a norma escrita na Constituição Estadual não precisaria ter seguido os parâmetros, da CF/1988, já que não se trata de norma de reprodução compulsória, mas de mera imitação por "adesão voluntária", ou seja, poderia ser diferente, da CF/1988 dentro do campo de autonomia federativa do Estado-Membro
• Rcl 383 – j. 1999, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves	• Sim • Para tanto, a norma, da CF/1988 deverá estar reproduzida expressa e fisicamente na Constituição Estadual. Nesse caso, a ADI será julgada pelo TJ local e, em seguida, havendo interposição de recurso extraordinário em face do acórdão do TJ, pelo STF. Qual o motivo de caber o RE? Como se trata de norma de reprodução obrigatória, da CF/1988, deixar a ação terminar no TJ significaria tornar esse tribunal intérprete final, da CF/1988, o que	• Sim • No caso, a norma escrita na Constituição Estadual não precisaria ter seguido os parâmetros, da CF/1988, já que não se trata de norma de reprodução compulsória, mas de mera imitação por "adesão voluntária", ou seja, poderia ser diferente, da CF/1988 dentro do campo de autonomia federativa do Estado-Membro

[242] Em seu voto, o Min. Gallotti explica: "Ao contrário do que se passe na hipótese de imitação, a reprodução não traduz um ato de livre criação de norma local – exercício da autonomia estadual –, mas, pelo contrário, apenas retrata e explicita a recepção ou absorção compulsória pela ordem estadual de um preceito heterônimo, o qual – porque tem a eficácia própria das normas da "Constituição total" do Estado Federal –, se imporia ao ordenamento da unidade federada, independentemente da sua reprodução, literal ou substancial, no texto constitucional desta" (grifamos). E continua: "no caso dessas normas de reprodução compulsória, a revoga imediatamente, a validade e a vigência do preceito local de reprodução, o que demonstra que este não poderia ter conteúdo diverso da regra central imperativa" (grifamos).

	caracterizaria afronta à competência do STF	
• RE 650.898 – RG, j. 2017, Plenário, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, tendo sido o entendimento reafirmado na ADI 5.646 (j. 2019)	• Sim • Neste último precedente, caberá ADI Estadual estando ou não reproduzida a norma, da CF/1988 na Constituição Estadual. Vejamos a tese firmada: "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados"	• Sim • No caso, a norma escrita na Constituição Estadual não precisaria ter seguido os parâmetros, da CF/1988, já que não se trata de norma de reprodução compulsória, mas de mera imitação por "adesão voluntária", ou seja, poderia ser diferente, da CF/1988 dentro do campo de autonomia federativa do Estado-Membro

Analisando os precedentes mencionados, observa-se que a atual jurisprudência do STF (RE 650.898) sinaliza uma mistura das outras duas antagônicas posições que se firmaram.

Dessa forma, será possível a propositura de ADI no TJ local, tendo por objeto Lei ou ato normativo estadual ou municipal, confrontados em face de três hipóteses de parâmetros:

• norma de reprodução obrigatória, da CF/1988 expressamente copiada na Constituição Estadual, cabendo RE para o STF;

• norma de reprodução obrigatória, da CF/1988 mesmo que não tenha sido expressamente reproduzida na Constituição Estadual. Nesse caso, segundo a atual jurisprudência do STF (RE 650.898, j. 2017, DJE de 2017), os TJs poderão exercer o controle abstrato de constitucionalidade de leis estaduais ou mesmo municipais utilizando como parâmetro as referidas normas, da CF/1988 de reprodução obrigatória pelos Estados, estando ou não textualmente escritas na Constituição Estadual. Contra o acórdão do TJ também caberá a interposição de RE para o STF. Esse entendimento foi reafirmado na ADI 5.646 (j. 2019) (acompanhar o julgamento da ADI 5.647, pendente);

• normas de imitação, hipótese em que não caberá RE para o STF, devendo a decisão ficar "confinada" no TJ local.

Conforme já havia sustentado o Min. Barroso em voto proferido na 1ª T. do STF – antecedendo o atual posicionamento firmado no pleno e acima exposto (RE 650.898) –, as normas constitucionais federais de reprodução obrigatória pelos Estados-Membros podem ser caracterizadas como "disposições da Carta da República que, por preordenarem diretamente a organização dos Estados-Membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local" (Rcl 17.954 AgR, j. 2016, DJE de 2016).

6.8.5.3 A utilização do recurso extraordinário no controle concentrado e em abstrato estadual

De modo geral, da decisão do TJ local em controle abstrato (ADI) de Lei Estadual ou municipal diante da Constituição Estadual não cabe recurso para o STF, já que este é o intérprete máximo de Lei (federal, estadual ou distrital de natureza estadual) perante a CF, e não perante a Constituição Estadual.

Excepcionalmente, contudo, conforme visto, pode surgir situação em que o parâmetro da Constituição Estadual nada mais seja que uma norma de observância obrigatória ou compulsória pelos Estados-Membros (norma de reprodução obrigatória), ou, conforme estabelecido pelo STF no julgamento do RE 650.898, a possibilidade de se admitir, no âmbito do TJ local, o exercício do controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais (ou estaduais, acrescente-se) utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que de reprodução obrigatória pelos Estados (j. 2017, cf. item 6.8.5.2).

Nesse caso, se a Lei Estadual, ou mesmo a municipal, viola a Constituição Estadual ou as normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória de acordo com o precedente acima citado, no fundo, o que se terá, em essência, será a violação da Constituição Federal. Como o TJ não tem essa atribuição de análise, objetivando evitar a situação de o TJ usurpar a competência do STF (o intérprete máximo da Constituição), abre-se a possibilidade de interpor recurso extraordinário contra o acórdão do TJ em controle abstrato estadual para que o STF diga, então, qual a interpretação, da Lei Estadual ou municipal perante a CF.

Trata-se, pois, de utilização de recurso típico do controle difuso (pela via incidental) no controle concentrado estadual em abstrato.

O recurso extraordinário será um simples mecanismo de levar ao STF a análise da matéria. Assim, a decisão do STF nesse específico recurso extraordinário produzirá os mesmos efeitos da ADI, ou seja, por regra, *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, podendo o STF, naturalmente, nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868/1999, modular os efeitos da decisão. Portanto, não se aplicará a regra do art. 52, X, da CF/1988 não tendo o Senado Federal qualquer participação.

Desse modo, e tomem cuidado com essa constatação, surgirá a possibilidade de o STF analisar a constitucionalidade de Lei municipal perante a Constituição Federal e com efeitos *erga omnes*, se na análise inicial do controle abstrato estadual a Lei municipal foi confrontada em relação à norma da Constituição Estadual de reprodução obrigatória e compulsória, da CF/1988, ou, como no precedente firmado no RE 650.898, já estudado, quando se tratar de normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória pelos Estados.

Nesse sentido, confiram os julgados abaixo:

"Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta" (Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1992, DJ de 1993).

"... o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Moreira Alves, entendeu que a decisão tomada em recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em representação de inconstitucionalidade de Lei municipal frente à Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF/1988) tem eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional" (RE 187.142-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 1998, Inf. 118/STF).

Dentre outros exemplos, destacamos, ainda, os seguintes julgados: RE 199.281, RE 599.633 AgR, RE 505.476 AgR e ADI 1.268.

6.8.6 "*Simultaneus processus*"

As leis estaduais, em se tratando de controle concentrado pela via em abstrato, sofrem dupla fiscalização, tanto por meio de ADI no TJ, e tendo como parâmetro a Constituição Estadual (ou a própria CF, nas hipóteses de norma de reprodução obrigatória, nos termos da tese firmada no julgamento do RE 650.898 – cf. item 6.8.5.2), como perante o STF, tendo como parâmetro a CF.

Isso significa que a mesma Lei Estadual poderá ser objeto de controle concentrado no TJ e no STF. Se isso acontecer, estaremos diante do fenômeno da simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade, também denominado *simultaneus processus*.

Nessa situação, em sendo o mesmo o objeto (vale dizer, a mesma Lei Estadual), assim como o parâmetro estadual de confronto, norma de reprodução obrigatória prevista na Constituição Federal, o controle estadual deverá ficar suspenso (em razão da causa de suspensão prejudicial do referido processo), aguardando o resultado do controle federal, já que o STF é o intérprete máximo da Constituição.

Nesse sentido, explica o Min. Celso de Mello, "a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, perante o Supremo Tribunal Federal, em que se postule a invalidação

de legislação editada por Estado-membro, questionada em face da Constituição da República (art. 102, I, "a", da CF/1988), qualifica-se como causa de suspensão prejudicial do processo de controle concentrado de constitucionalidade, que, promovido perante o Tribunal de Justiça local (art. 125, § 2º, da CF/1988), tenha, por objeto de impugnação, os mesmos atos normativos emanados do Estado-membro, contestados, porém, em face da Constituição Estadual [...]. Tal entendimento, no entanto, há de ser observado sempre que tal impugnação – deduzida perante a Corte Judiciária local – invocar, como parâmetro de controle, princípios inscritos na Carta Política local impregnados de predominante coeficiente de federalidade, tal como ocorre com os postulados de reprodução necessária constantes da própria Constituição da República (RTJ 147/404 – RTJ 152/371-373, v.g.)" (ADI 4.138, j. 2009, cf. Inf. 573/STF).

Deixando bem claro: essa situação de simultaneidade das ações deverá ser considerada apenas nas hipóteses das normas de reprodução obrigatória ou compulsória da Constituição Federal pelos Estados-Membros.

Verificado o fenômeno do *simultaneus processus*, as seguintes hipóteses poderão surgir a partir da decisão a ser proferida pelo STF:

• STF declara inconstitucional a Lei Estadual perante a Constituição Federal – a ADI estadual perderá o seu objeto, não mais produzindo a Lei efeitos no referido Estado;[243]

• STF declara constitucional a Lei Estadual perante a Constituição Federal – o TJ poderá prosseguir no julgamento da ADI, da Lei Estadual diante da Constituição Estadual, pois, perante a Constituição Estadual, a referida Lei poderá ser incompatível (mas, naturalmente, desde que seja por fundamento diverso).

Vamos imaginar agora que a ação seja proposta perante o TJ estadual e que este julgue a ação, que transita em julgado. Poderá, no futuro, a mesma Lei ser examinada em controle abstrato perante o STF e tendo como parâmetro a CF? Duas são as hipóteses:

• TJ declara previamente a Lei Estadual constitucional – naturalmente, para essa hipótese, não se tratará de simultaneidade. Assim, em sendo no futuro ajuizada a ADI perante o STF, tendo por objeto a mesma Lei Estadual, o STF poderá reconhecê-la como inconstitucional diante, da CF/1988. Como o STF é o intérprete máximo da constitucionalidade das leis e o responsável por apontar a força normativa da Constituição, a nova decisão do STF prevalecerá inclusive sobre a coisa julgada estadual;

[243] "Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal. Propositura simultânea de ADI contra Lei Estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça. Suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva desta Corte. Precedentes. Declaração de inconstitucionalidade, por esta Corte, de artigos, da Lei Estadual. Arguição pertinente à mesma norma requerida perante a Corte estadual. Perda de objeto" (Pet 2.701-AgR, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2003, DJ de 2004).

• TJ declara previamente a Lei Estadual inconstitucional – entendemos que não haveria mais sentido em falar em controle perante o STF, já que a Lei Estadual foi retirada do ordenamento jurídico.

CUIDADO: nesse último caso, contudo, o STF analisou a situação específica de norma de reprodução obrigatória, da CF/1988 na Constituição Estadual e, então, reconheceu a possibilidade de julgamento pela Corte, mesmo no caso de anterior nulificação por parte da Corte estadual. Segundo assinalou o Min. Barroso, "não podemos permitir que o Tribunal de Justiça estadual dê a última palavra sobre a compatibilidade de uma Lei com a Constituição Federal. Essa é prerrogativa do Supremo".

Assim, "coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada perante o Tribunal de Justiça local e outra perante o STF, o julgamento da primeira – estadual – somente prejudica o da segunda – do STF se preenchidas duas condições cumulativas: 1) se a decisão do Tribunal de Justiça for pela procedência da ação e 2) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade" (ADI 3.659, j. 2018).

6.9 Quadro comparativo do sistema jurisdicional misto de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade no brasil

	OBJETO	**COMPETÊNCIA**	**LEGITIMAÇÃO ATIVA**	**CAUTELAR**	***QUORUM***	**EFEITOS DA DECISÃO**
Controle difuso – atos normativos	• Qualquer Lei ou ato de indiscutível caráter normativo, contrário à Constituição (via de exceção ou defesa – declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*)	• Qualquer juízo ou Tribunal	• Qualquer pessoa física ou jurídica, no caso concreto	• Possível, seguindo-se as regras processuais	• Juízo monocrático: o próprio juiz, de modo incidental • Juízo colegiado (Tribunal): art. 97, da CF/1988, maioria absoluta (dos membros do Tribunal ou Órgão Especial, de acordo com o Regimento Interno)	• Para as partes: inter partes e *ex tunc*, já tendo o STF admitido efeito *ex nunc* e pro futuro – cf. RE 197.917, Inf. 341/STF • Para terceiros (art. 52, X, da CF/1988): suspensão da execução, da Lei pelo Senado Federal através de resolução: *erga omnes* e *ex nunc* • Mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988: cf. discussão no item 6.6.5 da parte teórica
Controle difuso – omissões –	• Falta de medida	• Art. 102, I, "q", art. 102, II, "a",	• Qualquer pessoa, física	• Impossível. Contudo,	• Juízo monocrático: o	• *Erga omnes*: até que sobrevenha a

mandado de injunção individual ou coletivo (vide capítulo sobre remédios constitucionais)	regulamentadora de art. da Constituição de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania	art. 105, I, "h", art. 121, § 4º, V, e art. 125, § 1º (qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de organização judiciária)	ou jurídica, no caso concreto	tendo em vista as novas tendências, pode-se pensar na modificação desse entendimento	próprio juiz, de modo incidental, poderá verificar a inconstitucionalidade por omissão • Juízo colegiado (Tribunal): art. 97, da CF/1988, maioria absoluta (dos membros do Tribunal ou Órgão Especial, de acordo com o Regimento Interno), modo incidental, para apreciar a inconstitucionalidade por omissão	medida integrativa, na linha do entendimento fixado pelo STF no MI 712, consagrando a teoria concretista geral (cf. item 14.11.5.7) • Inter partes: até que sobrevenha a medida integrativa, na linha do entendimento fixado pelo STF em vários MIs, consagrando, nesses casos, a teoria concretista individual (cf. item 14.11.5.7)
ADI genérica (controle concentrado no STF)	• Lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (natureza estadual), contestados em face, da CF/1988 (via de ação, controle abstrato, em tese)	• STF – competência originária	• Art. 103, da CF/1988 e art. 2º, da Lei nº 9.868/1999	• Possível (art. 102, I, "p", da CF/1988)	• Cautelar: a) regra geral – maioria absoluta (6); b) no período de recesso – Presidente do Tribunal • Mérito: a) regra geral – maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros; b) art. 27, da Lei nº 9.868/1999 – possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, desde que haja manifestação de pelo menos 2/3 dos Ministros (8), presentes 8 Ministros	• Cautelar: *erga omnes*, *ex nunc* e vinculante (o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 permite eficácia retroativa, *ex tunc*) • Mérito: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante (regra geral). Pode haver modulação dos efeitos da decisão, ou seja, efeito *ex nunc*, para o futuro, ou a partir de certo momento (art. 27, da Lei nº 9.868/1999)
ADC	• Lei ou ato normativo federal	• STF – competência originária	• Art. 103, da CF/1988 (modificado pela EC nº 45/2004)	• Possível (jurisprudência do STF – ADC 4)	• Cautelar: regra geral – maioria absoluta • Mérito: regra geral – maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros	• Cautelar: *erga omnes* e vinculante (suspensão dos julgamentos) • Mérito: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante
Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)	• Evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e quando for	• STF – competência originária	• Art. 103, da CF/1988 e art. 2º, da Lei nº 9.882/1999 (os mesmos da ADI)	• Possível (art. 5º, da Lei nº 9.882/1999)	• Cautelar: a) regra geral – maioria absoluta (6); b) no período de recesso, extrema urgência, perigo de lesão grave – relator	• Cautelar: *erga omnes, ex tunc* e vinculante. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o

	relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre Lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, distrital, incluídos os anteriores à Constituição				• Mérito: a) regra geral – maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros; b) art. 11, da Lei nº 9.882/1999 – possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, desde que haja manifestação de pelo menos 2/3 dos Ministros (8), presentes 8 Ministros	andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada • Mérito: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante (regra geral). Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, pode haver modulação dos efeitos da decisão, ou seja, efeito *ex nunc*, para o futuro, ou a partir de certo momento (art. 11, da Lei nº 9.882/1999)
ADI por omissão (ADO)	• Falta de medida regulamentadora de art. da Constituição de eficácia limitada	• STF – competência originária	• Art. 103, da CF/1988 e art. 12-A, da Lei nº 9.868/1999	• Possível (art. 12-F, da Lei nº 9.868/1999)	• Cautelar: maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros • Mérito: maioria absoluta (6), presentes 8 Ministros	• Cautelar: poderá consistir na suspensão da aplicação, da Lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal • Mérito: a) poder competente – será dada ciência para a adoção das providências necessárias, constituindo-o em mora; b) órgão administrativo: as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente

						pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido, sob pena de responsabilidade
Representação Interventiva (ADI Interventiva)	• Lei ou ato normativo, ato administrativo, ato concreto, ou omissões, estaduais ou distritais, que violam princípios sensíveis, da CF/1988 • A hipótese de recusa, por parte de Estado-Membro ou do DF, à execução de Lei Federal vai ser estudada no item 7.12.1	• STF – competência originária	• Procurador Geral da República – art. 36, III, da CF/1988	• Possível (art. 5º, da Lei nº 12.562/2011)	• Cautelar: decisão da maioria absoluta (6) • Mérito: decisão da maioria absoluta (6), presentes pelo menos 8 Ministros	• Cautelar: a liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva • Mérito: decisão da maioria absoluta (6) • Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado, o Presidente do STF, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 dias, dar cumprimento ao art. 36, § 1º e § 3º da CF/1988

7 DIVISÃO ESPACIAL DO PODER – ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Sumário: 7.1 Noções Preliminares 7.2 Formas de Estado 7.3 Federação 7.4 União Federal 7.5 Estados-Membros 7.6 Municípios 7.7 Distrito Federal 7.8 Territórios Federais 7.9 Modelos de Repartição de Competências 7.10 Quadro Ilustrativo da Competência Legislativa Constitucional – Alguns Precedentes do STF 7.11 Amianto e Tabaco 7.12 Intervenção

7.1 Noções Preliminares

7.1.1 Elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado

A Constituição deve trazer em si os elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado, quais sejam:

- soberania;
- finalidade;
- povo;
- território.

Nesses termos, Dalmo de Abreu Dallari define Estado como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território".[1]

7.1.2 Forma de governo, sistema de governo e forma de Estado

A organização e a estrutura do Estado podem ser analisadas sob três aspectos: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado.

- forma de governo: República ou Monarquia;
- sistema de governo: presidencialismo ou parlamentarismo;
- forma de Estado: Estado unitário ou Federação. Entre um e outro, parte da doutrina (v.g., Juan Fernando Badía) identifica outras formas de Estado, quais sejam, o Estado regional (Itália) e o autonômico (Espanha).

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu: *Elementos de teoria geral do estado.*

O Brasil adotou a forma republicana de governo, o sistema presidencialista de governo[2] e a forma federativa de Estado.[3]

7.2 Formas de Estado

Conforme anota José Afonso da Silva, "o modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de forma de Estado. Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramo-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado federal ou Federação de Estados".

E continua: "a repartição regional de poderes autônomos constitui o cerne do conceito de Estado Federal. Nisso é que ele se distingue da forma de Estado unitário (França, Chile, Uruguai, Paraguai e outros), que não possui senão um centro de poder que se estende por todo o território e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais e locais. É certo que o Estado unitário pode ser descentralizado e, geralmente, o é, mas essa descentralização, por ampla que seja, não é de tipo federativo, como nas federações, mas de tipo autárquico, gerando uma forma de autarquia territorial no máximo, e não uma autonomia político-constitucional, e nele as coletividades internas ficam na dependência do poder unitário, nacional e central".[4]

Em relação ao Estado unitário, poderíamos, de acordo com o grau de descentralização, identificar: a) Estado unitário puro, marcado por uma absoluta centralização do exercício do Poder; b) Estado unitário descentralizado administrativamente, apesar de ainda concentrar a tomada de decisões políticas nas mãos do Governo Nacional, avança descentralizando a execução das decisões políticas já tomadas. Criam-se pessoas para, em nome do Governo Nacional, como se fossem uma extensão deste (*longa manus*), executar, administrar, as decisões políticas tomadas; c) Estado unitário descentralizado administrativa e politicamente: além da autonomia administrativa, haveria certa autonomia política para a implementação do comando central.

Certos autores, ao analisar alguns casos particulares, entendem imprecisa essa alocação dentro dessa categoria de Estado unitário de maior grau de descentralização, preferindo, então, criar outras, localizadas entre o Estado federal e o unitário, quais sejam, os denominados Estado regional (Itália) e Estado autonômico (Espanha), que se identificam

---

[2] Características essas mantidas pelo povo através do plebiscito convocado conforme o art. 2º do ADCT: "No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País". A EC nº 2/1992 estabeleceu novas diretrizes para o aludido art. do ADCT.

[3] O art. 1º, caput, fala em "República Federativa do Brasil", sendo repetida tal expressão no art. 18, caput.

[4] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

não apenas pela descentralização administrativa como também – e aí a marca – pela legislativa. Haveria um único poder constituinte, mas pluralidade de fontes legislativas/normativas.[5]

Para este trabalho, dado o seu objetivo, focaremos na forma federativa de Estado.

7.3 Federação

7.3.1 Histórico

A forma federativa de Estado tem sua origem nos EUA, e data de 1787.

Anteriormente, em 1776, tivemos a proclamação da independência das 13 colônias britânicas da América, passando cada qual a se intitular um novo Estado, soberano, com plena liberdade e independência.

Os Estados resolveram formar, através de um tratado internacional, intitulado Artigos de Confederação, a Confederação dos Estados Americanos, um pacto de colaboração a fim de se protegerem das constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. No aludido pacto confederativo, permitia-se a denúncia do tratado a qualquer tempo, consagrando-se, assim, o direito de retirada, de separação, de secessão do pacto.

A permissão do direito de secessão aumentava o problema das constantes ameaças e a fragilidade perante os iminentes ataques britânicos. Nesse sentido, buscando uma solução para aquela situação em que se encontravam, os Estados Confederados (ainda era uma Confederação de Estados soberanos) resolveram reunir-se na cidade da Filadélfia (todos, ausentando-se apenas o Estado de Rhode Island), onde, então, estruturaram as bases para a Federação norte-americana.[6] Nessa nova forma de Estado proposta não se permitiria mais o direito de secessão. Cada Estado cedia parcela de sua soberania para um órgão central, responsável pela centralização e unificação, formando os Estados Unidos da América, passando, nesse momento, a ser autônomos entre si, dentro do pacto federativo.

Daí dizerem os autores que a formação da Federação dos EUA decorreu de um movimento centrípeto, de fora para dentro, ou seja, Estados soberanos cedendo parcela de sua soberania, em verdadeiro movimento de aglutinação. Veremos que no Brasil a formação, por outro lado, resultou de um movimento centrífugo, de dentro para fora, ou seja, um Estado unitário centralizado descentralizando-se. Em decorrência dessa razão histórica, conseguimos entender por que os Estados norte-americanos têm autonomia muito maior que os Estados-Membros brasileiros.

---

[5] Em relação a essa perspectiva, cf. FERRANDO BADÍA, Juan: *El estado unitario, el federal y el estado autonómico*, bem como FERRANDO BADÍA, Juan: *Teoría y realidad del estado autonómico.*

[6] Sobre o assunto, consultar o clássico HAMILTON, Alexander: *O federalista,* coletânea de artigos refletindo, densamente, as ideologias que inspiraram a Constituição norte-americana

Apenas alertamos que no modelo de repartição de competência (item 7.9), bem como na tipologia do federalismo (item 7.3.2), a doutrina vislumbra tanto um federalismo centrípeto como um federalismo centrífugo ou por segregação, em sentido diverso do acima apresentado.

Nessa outra concepção (que não busca analisar o movimento de formação da Federação, mas, acima de tudo, a amplitude da concentração de atribuições, a caracterizar o "tipo" de organização federal), quando se observar uma maior concentração de competências no ente central, estaremos diante do modelo centrípeto (ou centralizador); por outro lado, quando se observar uma maior distribuição de atribuições para os Estados-Membros, teremos um modelo centrífugo (ou descentralizador).

Nas palavras de Raul Machado Horta, "se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o federalismo centrípeto, que Georges Scelle chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o federalismo centrífugo ou por segregação, consoante a terminologia do internacionalista francês. Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-membros autônomos".[7]

Feita esta advertência, propomos a esquematização das tipologias do federalismo.

7.3.2 Tipologias do Federalismo

7.3.2.1 Federalismo por agregação ou por desagregação (segregação)

Essa classificação leva em conta a formação histórica, a origem do federalismo em determinado Estado, podendo ser por agregação ou por desagregação.

No federalismo por agregação, os Estados independentes ou soberanos resolvem abrir mão de parcela de sua soberania para agregar-se entre si e formar um novo Estado, agora, Federativo, passando a ser, entre si, autônomos. O modelo busca uma maior solidez, tendo em vista a indissolubilidade do vínculo federativo. Como exemplo, podemos citar a formação dos Estados Unidos, da Alemanha e da Suíça.

Por sua vez, no federalismo por desagregação (segregação), a Federação surge a partir de determinado Estado unitário que resolve descentralizar-se, "em obediência a imperativos políticos (salvaguarda das liberdades) e de eficiência".[8] O Brasil é exemplo de federalismo por

---

[7] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.
[8] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*.

desagregação, que surgiu a partir da proclamação da República, materializando-se, o novo modelo, na Constituição de 1891.

7.3.2.2 Federalismo dual ou cooperativo

Ao analisar o modo de separação de atribuições (competências) entre os entes federativos, a doutrina identificou tanto o federalismo dual como o federalismo cooperativo.

No federalismo dual, a separação de atribuições entre os entes federativos é extremamente rígida, não se falando em cooperação ou interpenetração entre eles. O exemplo seriam os Estados Unidos em sua origem.

Flexibilizando a rigidez do modelo dual (clássico), sobrevém o modelo cooperativo, especialmente durante o século XX, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, ou Estado-providência.

Nesse modelo, as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto. Assim, modernamente, percebe-se, cada vez mais, uma gradativa substituição do federalismo dual pelo cooperativo.

A doutrina adverte o risco de, a pretexto do modelo cooperativo, instituir-se um federalismo de "fachada", com fortalecimento do órgão central em detrimento dos demais entes federativos e, assim, havendo sobreposição da União, a caracterização de um federalismo de subordinação.

Zimmermann, contudo, salienta que, se por um lado existe esse risco de negação do próprio federalismo, não se pode deixar de admitir o federalismo cooperativo verdadeiramente democrático, formado "... no consentimento geral da nação, e não através da imposição do poder central", eliminando-se, dessa forma, o autoritarismo.[9]

O modelo brasileiro pode ser classificado como um federalismo cooperativo.

7.3.2.3 Federalismo simétrico ou assimétrico

A simetria ou assimetria do federalismo decorre dos mais variados fatores, seja em relação à cultura, seja no concernente ao desenvolvimento, à língua etc.

No federalismo simétrico verifica-se homogeneidade de cultura e desenvolvimento, assim como de língua, como é o caso dos Estados Unidos.

Por outro lado, o federalismo assimétrico pode decorrer da diversidade de língua e cultura, como se verifica, por exemplo, nos quatro diferentes grupos étnicos da Suíça (cantões), ou, também, no caso do Canadá, país bilíngue e multicultural.

---

[9] ZIMMERMANN, Augusto: *Curso de direito constitucional.*

No Brasil há certo "erro de simetria", pelo fato de o constituinte tratar de modo idêntico os Estados, como se verifica na representação no Parlamento (cada Estado, não importa o seu tamanho, o seu desenvolvimento, elege o número fixo de 3 Senadores, cada qual com dois suplentes – art. 46, § 1º e § 3º, da CF/1988).

O constituinte deveria ter considerado a dimensão territorial, o desenvolvimento econômico, a cultura etc., tratando, dessa forma, de modo assimétrico os entes federativos. Essa distinção, naturalmente, não poderia significar a preferência de um ente federativo em relação a outro, sob pena de se desvirtuar o texto constitucional.

7.3.2.4 Federalismo orgânico

No federalismo orgânico, o Estado deve ser considerado um "organismo". Busca-se, dessa forma, sustentar a manutenção do "todo" em detrimento da "parte".

Os Estados-Membros, por consequência, aparecem como um simples reflexo do "todo-poderoso poder central".

Conforme aponta Zimmermann, "este modelo, o orgânico-federativo, parece haver se estabelecido sob as novas formulações teóricas surgidas ao longo do século XX. Movidas por concepções que visavam muito mais o estabelecimento da homogeneidade e a formulação de concepções centralistas, elas acabaram por atender, direta ou indiretamente, aos objetivos ditatoriais de governos federais socialistas e da América Latina".[10]

7.3.2.5 Federalismo de integração

Em nome da integração nacional, passa a ser verificada a preponderância do Governo central sobre os demais entes, atenuando, assim, as características do modelo federativo.

Nesse sentido, André Ramos Tavares constata que, "no extremo, o federalismo de integração será um federalismo meramente formal, cuja forte assimetria entre poderes distribuídos entre as entidades componentes da federação o aproxima de um Estado unitário descentralizado, com forte e ampla dependência, por parte das unidades federativas, em relação ao Governo da União federal".[11]

7.3.2.6 Federalismo equilíbrio

O federalismo equilíbrio traduz a ideia de que os entes federativos devem manter-se em harmonia, reforçando-se as instituições.

---

[10] ZIMMERMANN, Augusto: *Curso de direito constitucional.*
[11] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional.*

Segundo André Ramos Tavares, "isso pode ser alcançado pelo estabelecimento de regiões de desenvolvimento (entre os Estados) e de regiões metropolitanas (entre os municípios), concessão de benefícios, além da redistribuição de rendas",[12] destacando-se, respectivamente, os art. 25, § 3º, art. 43, art. 151, I, e art. 157 ao art. 159, da CF/1988.

7.3.2.7 Federalismo de segundo grau

Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em uma tríplice estrutura do Estado brasileiro, diferente, por exemplo, do modelo norte-americano que apresenta a União e os Estados-Membros.

De fato, no Brasil, é reconhecida a existência de 3 ordens, quais sejam, a da União (ordem central), a dos Estados (ordens regionais) e a dos Municípios (ordens locais).

Não se pode esquecer, naturalmente, a posição peculiar do DF em nossa Federação que, a partir do texto de 1988, não tem natureza nem de Estado nem de Município, podendo ser caracterizado como "... uma unidade federada com autonomia parcialmente tutelada".[13]

Em seguida, observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o poder de auto-organização dos Municípios deverá observar dois graus, quais sejam, a Constituição Federal e a Constituição do respectivo Estado. Assim, conclui, "a Constituição de 1988 consagra um federalismo de segundo grau".[14]

7.3.3 Características da Federação

Apesar de cada Estado federativo apresentar características peculiares, inerentes às suas realidades locais, encontramos alguns pontos em comum que podem assim ser sistematizados:

• descentralização política: a própria Constituição prevê núcleos de poder político, concedendo autonomia para os referidos entes;

• repartição de competência: garante a autonomia entre os entes federativos e, assim, o equilíbrio da federação;

• Constituição rígida como base jurídica: fundamental a existência de uma Constituição rígida no sentido de garantir a distribuição de competências entre os entes autônomos, surgindo, então, uma verdadeira estabilidade institucional;

• inexistência do direito de secessão: não se permite, uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada. Tanto é que, só a título de exemplo, no Brasil, a CF/1988 estabeleceu em seu art. 34, I, que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção

---

[12] *Ibid.*
[13] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[14] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional.*

federal no Estado "rebelante". Eis o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, lembrando, inclusive, que a forma federativa de Estado é um dos limites materiais ao poder de emenda, na medida em que, de acordo com o art. 60, § 4º, I, da CF/1988, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado;

• soberania do Estado federal: a partir do momento que os Estados ingressam na federação perdem soberania, passando a ser autônomos. Os entes federativos são, portanto, autônomos entre si, de acordo com as regras constitucionalmente previstas, nos limites de sua competência; a soberania, por seu turno, é característica do todo, do "país", do Estado federal, no caso do Brasil, tanto é que aparece como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CF/1988). Conforme alertamos no item 4.7, dentro do conceito de supranacionalidade, hoje se fala em flexibilização da ideia clássica de soberania;

• intervenção: diante de situações de crise, o processo interventivo surge como instrumento para assegurar o equilíbrio federativo e, assim, a manutenção da Federação;

• auto-organização dos Estados-Membros: através da elaboração das Constituições Estaduais (vide art. 25, da CF/1988);

• órgão representativo dos Estados-Membros: no Brasil, de acordo com o art. 46, da CF/1988, a representação dá-se através do Senado Federal;

• guardião da Constituição: no Brasil, o STF;

• repartição de receitas: assegura o equilíbrio entre os entes federativos (art. 157 ao art. 159 da CF/1988).

7.3.4 Federação brasileira

7.3.4.1 Breve histórico

Provisoriamente, a Federação no Brasil surge com o Decreto nº 1/1889, Decreto esse instituidor, também, da forma republicana de governo. A consolidação veio com a primeira Constituição republicana, de 1891, que em seu art. 1º estabeleceu: "A nação Brazileira adopta como fórma de governo, sob o regimen representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitue-se, por união perpetua e indissoluvel das suas antigas provincias, em Estados Unidos do Brazil".[15]

As Constituições posteriores mantiveram a forma federativa de Estado, porém, "não se pode deixar de registrar o entendimento de alguns, segundo o qual, nas Constituições de 1937 e de 1967, bem como durante a vigência da Emenda nº 1/1969, tivemos no Brasil somente uma Federação de fachada".[16]

---

[15] Redação de acordo com o texto original (CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo: *constituições do brasil)*

[16] MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso: *Curso de direito constitucional.*

7.3.4.2 Federação na CF/1988 e princípios fundamentais[17]

7.3.4.2.1 Composição e sistematização conceitual

Preceitua o art. 1º, caput, da CF/1988 que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o caput de seu art. 18 complementa, estabelecendo que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

José Afonso da Silva esclarece o assunto: "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, como se vê do art. 18, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A Constituição aí quis destacar as entidades que integram a estrutura federativa brasileira: os componentes do nosso Estado Federal. Merece reparo dizer que é a organização político-administrativa que compreende tais entidades, como se houvesse alguma diferença entre o que aqui se estabelece e o que se declarou no art. 1º. Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque a união indissolúvel (embora com inicial minúscula) do art. 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18. Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar do art. 1º essa cláusula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comporta tal apego destituído de sentido. Enfim, temos aí destacados os componentes da nossa República Federativa: (a) União; (b) Estados; (c) Distrito Federal; e (d) Municípios...".[18]

Então podemos esquematizar:

• forma de governo: republicana;

• forma de Estado: Federação;

• característica do Estado brasileiro: trata-se de Estado de Direito, democratizado, qual seja, Estado Democrático de Direito;

• entes componentes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

• sistema de governo: presidencialista.

---

[17] Aprofundamos o tema dos princípios fundamentais (art. 1º ao art. 4º, da CF/1988) no capítulo 21 do presente estudo.

[18] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

7.3.4.2.2 Fundamentos da República Federativa do Brasil

O art. 1º enumera, como fundamentos da República Federativa do Brasil:

• soberania – fundamento da República Federativa do Brasil e não da União, enquanto ente federativo. A soberania é do conjunto formado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

• cidadania;

• dignidade da pessoa humana;

• valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

• pluralismo político.

7.3.4.2.3 Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

7.3.4.2.3.1 Art. 3º, da CF/1988

Os objetivos fundamentais (e em concursos já foi necessário conhecê-los, em contraposição aos fundamentos) vêm relacionados no art. 3º, da CF/1988.

Como advertiu Celso Bastos, "a ideia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido".[19] A CF/1988 assim os define:

• construir uma sociedade livre, justa e solidária;

• garantir o desenvolvimento nacional;

• erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

• promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

7.3.4.2.3.2 As alterações introduzidas pela EC nº 87/2015 em relação ao ICMS no contexto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

A EC nº 87/2015, dentro do contexto de implementação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF/1988), alterou as regras relacionadas ao ICMS.

---

[19] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

Inicialmente, compararemos a redação anterior e a atual, com a emenda, para que possamos entender as novidades introduzidas.

REDAÇÃO ORIGINAL	REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC nº 87/2016
Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual: a) (revogada); b) (revogada).

A regra anterior à EC nº 87/2015 foi bem delimitada pelo STF em didático voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa, destacando-se:

"Nosso constituinte originário optou por um modelo híbrido de partilha da competência. Nos termos do art. 155, VII, da CF/1988, o Estado de origem da mercadoria foi adotado como critério-padrão, com as seguintes especificações:

a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Há, portanto, tributação concomitante, ou "partilha simultânea do tributo". Quer dizer, ambos os estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas;

b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna;

c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual;

d) Se a operação envolver combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem" (ADI 4.565-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Dessa forma, o constituinte originário prestigiou, em relação às operações interestaduais, a regra da tributação exclusiva pelo Estado de origem quando o consumidor final não for contribuinte do ICMS (letra "b" acima), com a sua mitigação na hipótese de o consumidor final ser também contribuinte do tributo (item "a" acima que, aliás, não é o mais comum. Normalmente, o que se verifica é um consumidor final que não é contribuinte, situação na qual, pela regra antiga, o valor ficava todo com o Estado de origem – art. 155, VII, "b", da CF/1988, antes, da EC nº 87/2015); ou quando a mercadoria for destinada a quem não é consumidor final (letra "c"). A inversão da regra geral só foi estabelecida para a operação que envolver combustíveis e lubrificantes, quando, então, a competência para cobrança do ICMS será do Estado de destino da mercadoria (letra "d" acima).

A modificação do modelo estabelecido na Constituição, como bem declarou a Corte, dependeria de alteração por emenda (reforma tributária), não podendo essa opção política ser substituída por decisão judicial ou outras formas normativas de sua introdução (como leis federais ou estaduais, resoluções do Senado Federal, protocolo do Confaz etc.), mesmo diante dos argumentos, trazidos na ação, concernentes às disparidades verificadas entre os entes federativos nessas hipóteses de venda e compra de mercadorias pela internet, o chamado e-commerce.

A evolução tecnológica e as novas formas de comércio (e-commerce) impulsionaram a aprovação, da EC nº 87/2015, especialmente diante do art. 3º, II e III, da CF/1988, que estabelecem, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de "garantir o desenvolvimento nacional" e o de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Na visão dos especialistas, não estabelecer nenhum valor para o Estado em que reside o comprador (já que o imposto, na regra antiga, não era devido para esse Estado nas operações interestaduais cuja mercadoria fosse destinada a consumidor final não contribuinte, aliás, a grande maioria das situações) seria potencializar as desigualdades regionais.

Como bem anotou o Deputado Márcio Macedo, Relator da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer à PEC nº 197-A/2012, "a configuração constitucional, com efeito, traz um desequilíbrio na repartição do ICMS incidente sobre as vendas para consumidor final não contribuinte residente em Estado diferente do fornecedor. Na época da aprovação da Carta, esse desequilíbrio não tinha qualquer importância, considerando o montante reduzido das operações em relação ao total da arrecadação do ICMS. No entanto, o volume do comércio eletrônico – forma de comercialização de bens que sequer se imaginava possível em 1988 – vem evoluindo aceleradamente, nas últimas décadas: entre os anos de 2001 e 2011, o faturamento com esse modo de aquisição de mercadorias multiplicou-se por 35, subindo de R$ 540 milhões para quase R$ 19 bilhões. Esse crescimento, aliado às perspectivas favoráveis para os próximos anos, com a recuperação econômica, indica que a antiga configuração, elaborada em 1988, precisa de atualização".

Devemos observar que todas as tentativas que procuraram corrigir essa distorção gerada pela realidade do comércio eletrônico (Estados-Membros ditos "consumidores", como os do Nordeste, Norte, Centro-Oeste, estariam perdendo valores da arrecadação para os Estados ditos "produtores", como São Paulo e Rio de Janeiro) e que não foram implementadas por emenda constitucional, foram declaradas inconstitucionais pelo STF.[20]

[20] Como exemplo de instrumento objetivando evitar a concentração de recursos exclusivamente nas unidades de origem, nas hipóteses do art. 155, § 2º, VII, da CF/1988, (antes, da EC nº 87/2015), quando se tratasse de operação interestadual cuja mercadoria era destinada a consumidor final não contribuinte do imposto, foi estabelecido o Protocolo ICMS 21/2011, Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), que exigia, nas operações interestaduais por meios eletrônicos ou telemáticos, o recolhimento de parte do ICMS em favor dos Estados onde se encontravam consumidores finais dos produtos comprados. O tema foi analisado

Eis o objetivo, da EC nº 87/2015: modificar o modelo de partilha de competências para afastar a radicalização do critério da origem e permitir que Estados consumidores finais dos produtos também ficassem com parcela do imposto.

Assim, no novo modelo, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (art. 155, § 2º, VII, da CF/1988).

Essa nova regra foi implementada dentro de um regime de transição, já que antes, da EC nº 87/2015, quando se tratava de consumidor final não contribuinte do ICMS, o valor ficava todo com o Estado de origem, local em que se encontrava o vendedor.

De acordo com o art. 99, do ADCT, para efeito do disposto no art. 155, § 2º, VII, da CF/1988, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, seguindo uma proporção até que, em 2019, o valor total dessa diferença caberá ao destino, modificando, então, por completo, o modelo até então vigente. Vejamos como se dará essa transição:

DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DESTINATÁRIO E A ALÍQUOTA INTERESTADUAL		
Ano	**Estado de origem**	**Estado de destino**
2015	80%	20%
2016	60%	40%
2017	40%	60%
2018	20%	80%
2019	0%	100%

Partindo do resumo estabelecido pelo Min. Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 4.565-MC acima descrito, a EC nº 87/2015 modificou apenas a letra "b", ou seja, as operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não contribuinte do imposto. Nesse caso, a partir de 2019 (regra de transição), caberá ao Estado de origem aplicar a alíquota interestadual, e ao Estado de destino a diferença entre a sua alíquota

---

pelo STF que reconheceu a inconstitucionalidade do referido protocolo, com a modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas. Nos itens 5 e 10 da ementa, a Corte deixou claro esse entendimento: "O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-Membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos art. 150, IV e V, e art. 155, § 2º, VII, "b", da CF/1988. Os Estados-Membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, não detêm competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida" (ADIs 4.628 e 4.713 e RE 680.089, com repercussão geral, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

interna e a alíquota interestadual, havendo tributação concomitante, ou "partilha simultânea do tributo".

Assim, imaginando que um escritório de advocacia sediado em Salvador (consumidor final não contribuinte) compre, em uma loja virtual situada em São Paulo, um computador, o ICMS incidente sobre essa circulação deverá ser assim tributado: 7% (alíquota interestadual) para o Estado de origem e, imaginando o percentual no referido Estado ser de 17%, caberá a esse Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, no caso, 10% (17% – 7%).

Por fim, em total harmonia com as garantias estabelecidas no art. 150, III, "b" e "c", da CF/1988, o art. 3º, da EC nº 87/2015 prescreve que a referida emenda entra em vigor na data de sua publicação (2015), produzindo efeitos no ano subsequente (2016) e após 90 dias. Assim, e esse tema ainda vai gerar algum debate (pendente), parece que o art. 99, I, do ADCT, que fala em 2015, não produzirá efeitos, passando já em 2016 a se praticar as alíquotas de 60% para o Estado de origem e de 40% para o Estado de destino, conforme tabela acima.

7.3.4.2.4 Princípios que regem a República Federativa do Brasil nas relações internacionais

O art. 4º, da CF/1988 dispõe que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- independência nacional;
- prevalência dos direitos humanos;
- autodeterminação dos povos;
- não intervenção;
- igualdade entre os Estados;
- defesa da paz;
- solução pacífica dos conflitos;
- repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- concessão de asilo político.

7.3.4.2.5 Idioma oficial e símbolos da República Federativa do Brasil

O idioma oficial da República Federativa do Brasil é a língua portuguesa. Daí ser o ensino fundamental regular ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades

indígenas, contudo, também a possibilidade de utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 13, caput, c/c o art. 210, § 2º, da CF/1988).

Os símbolos da República Federativa do Brasil são: a bandeira,[21] o hino,[22] as armas[23] e o selo nacional,[24] sendo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter os seus próprios símbolos (art. 13, § 1º e § 2º, da CF/1988).

Dentro da ideia de desenvolvimento de uma consciência cidadã, a Lei nº 12.472/2011 introduziu o art. 32, § 6º da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), passando a estabelecer que o estudo sobre os símbolos nacionais será incluído como tema transversal nos currículos do ensino fundamental.

A preocupação em relação aos símbolos é tamanha que o legislador criminalizou certas condutas, destacando-se o art. 35, da Lei nº 5.700/1971 (que caracteriza como contravenção penal violações às disposições da referida lei, sem, contudo, haver a definição específica do tipo penal, caracterizando norma penal em branco) e o art. 161 do CPM (que criminaliza o desrespeito – ultraje – a símbolo nacional).

Para ilustrar, apesar de termos encontrado apenas um acórdão no STJ e outro no STF em relação ao crime previsto no Código Penal Militar, transcrevemos a ementa de interessante julgado em que o STF analisou a conduta de militares que postaram na internet dança do Hino Nacional em ritmo de funk:

---

[21] Apenas por curiosidade é interessante lembrar que as constelações que figuram na Bandeira Nacional correspondem ao aspecto do céu, na cidade do Rio de Janeiro, às 8 horas e 30 minutos do dia 15.11.1889 (12 horas siderais), e devem ser consideradas como vistas por um observador situado fora da esfera celeste. Serão suprimidas da Bandeira Nacional as estrelas correspondentes aos Estados extintos, permanecendo a designada para representar o novo Estado, resultante de fusão, observado, em qualquer caso, o dever de manter a disposição estética original constante do desenho proposto pelo Decreto nº 4/1889 (art. 3º, § 1º, § 2º e § 3º, da Lei nº 5.700/1971, na redação dada pela Lei nº 8.421/1992).

[22] "O Hino Nacional é composto da música de Francisco Manoel da Silva e do poema de Joaquim Osório Duque Estrada, de acordo com o que dispõem os Decretos nº 171/1890, e 15.671/1922, conforme consta dos Anexos números 3, 4, 5, 6 e 7. A marcha batida, de autoria do mestre de música Antão Fernandes, integrará as instrumentações de orquestra e banda, nos casos de execução do Hino Nacional, mencionados no art. 25, I, do Decreto 15.671/1922, devendo ser mantida e adotada a adaptação vocal, em fá maior, do maestro Alberto Nepomuceno" (art. 6º, da Lei nº 5.700/1971). De maneira interessante, a Lei nº 12.031/2009 alterou a referida Lei nº 5.700/1971, tornando obrigatória a execução semanal do Hino Nacional nos estabelecimentos públicos e privados de ensino fundamental. Por sua vez, a Lei nº 13.413/2016 alterou a Lei nº 5.700/1971 para determinar que o Hino Nacional seja executado na abertura das competições esportivas organizadas pelas entidades integrantes do Sistema Nacional do Desporto, conforme definidas no art. 13, da Lei nº 9.615/1998.

[23] As Armas Nacionais são as instituídas pelo Decreto nº 4/1889, com a alteração feita pela Lei nº 5.443/1968 (Anexo nº 8), devendo obedecer à proporção de 15 (quinze) de altura por 14 (quatorze) de largura e atender às diversas disposições do art. 8º (art. 7º e art. 8º, da Lei nº 5.700/1971). De acordo com o art. 26 da referida Lei nº 5.700/1971, é obrigatório o uso das Armas Nacionais: a) no Palácio da Presidência da República e na residência do Presidente da República; b) nos edifícios-sede dos Ministérios; c) nas Casas do Congresso Nacional; d) no STF, nos Tribunais Superiores e nos "Tribunais Federais de Recursos" (lembrando que referidos Tribunais não estão mais presentes na CF/1988, em razão da existência de TRFs e do STJ); e) nos edifícios-sede dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados, Territórios e Distrito Federal; f) nas Prefeituras e Câmaras Municipais; g) na frontaria dos edifícios das repartições públicas federais; h) nos quartéis das forças federais de terra, mar e ar (entendam-se Forças Armadas, quais sejam, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica) e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, nos seus armamentos, bem como nas fortalezas e nos navios de guerra; i) na frontaria ou no salão principal das escolas públicas; j) nos papéis de expediente, nos convites e nas publicações oficiais de nível federal.

[24] O art. 27, da Lei nº 5.700/1971 estabelece que o Selo Nacional será usado para autenticar os atos de governo e bem assim os diplomas e certificados expedidos pelos estabelecimentos de ensino oficiais ou reconhecidos.

"Apelação. Desrespeito a símbolo nacional (art. 161, do CPM). Recrutas que, no interior da Organização Militar onde serviam, devidamente fardados, entram em formação e passam a dançar uma versão modificada do Hino Nacional em ritmo de "funk". Conduta desrespeitosa filmada, com a anuência de todos os participantes, e divulgada na rede mundial de computadores" (STF, Apelação/RS nº 60-86.2011.7.03.0203, j. 2013). "A conduta desrespeitosa dos acusados foi imprópria e inadequada, constituindo verdadeiro ultraje ao Hino Nacional Brasileiro, amoldando-se, portanto, ao crime de desrespeito a símbolo nacional (art. 161 do CPM). Presentes o dolo de ultrajar e a potencial consciência da ilicitude da conduta, uma vez que os embargantes declararam que receberam instrução sobre como deveriam se comportar quando da execução do Hino Nacional" (STM, embargos infringentes, j. 2013).

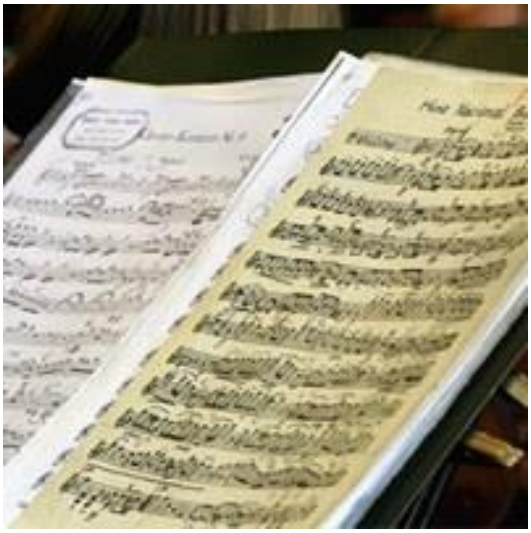
Apesar de a Constituição não classificar como símbolo da República Federativa do Brasil as cores nacionais, a título de curiosidade, convém lembrar que o art. 28, da Lei nº 5.700/1971, definiu, como nacionais, o verde e o amarelo, permitindo que sejam usados sem quaisquer restrições, inclusive associados a azul e branco (art. 29).

Finalmente, apenas para ilustrar, passamos a representar graficamente os símbolos da República Federativa do Brasil:[25]

• Bandeira Nacional

• Hino Nacional

[25] Todas as imagens foram retiradas do site <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/simbolos-nacionais>.



• Armas Nacionais (Brasão de Armas)

• Selo Nacional

7.3.4.2.6 Vedações constitucionais impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

Existe expressa vedação constitucional, prevista no art. 19, da CF/1988, impossibilitando aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios):

• estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma, da Lei, a colaboração de interesse público. O Brasil, como veremos melhor ao analisar o art. 5º, VI, da CF/1988, no item 14.10.6, é um país leigo, laico, não confessional, ou seja, desde o advento da República não adota nenhuma religião oficial (cf., também, item 3.10.1.3), havendo separação entre Estado e igreja.

Contudo, conforme adverte José Afonso da Silva, esta separação entre Estado e Igreja (Estado laico, 19, I, da CF/1988), deve ser vista de modo atenuado, já que o constituinte originário prescreveu pontos de contato, "tais como a previsão de ensino religioso (art. 210, § 1º, da CF/1988), o casamento religioso com efeitos civis (art. 226, § 2º, da CF/1988) e a assistência religiosa nas entidades oficiais (art. 5º, VII, da CF/1988, acrescente-se). Enfim, fazem-se algumas concessões à confessionalidade abstrata, porque não referida a uma confissão religiosa concreta, se bem que ao largo da história do país o substrato dessa confessionalidade é a cultura haurida na prática do Catolicismo".[26]

Em relação aos dispositivos constitucionais, podemos destacar, ainda, além dos citados pelo ilustre professor, os seguintes e que, também, estabelecem os referidos "pontos de contato", atenuando o sentido de Estado laico: a) previsão da expressão "Deus" no preâmbulo; b) inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma, da Lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, VI, da CF/1988); c) colaboração de interesse público, na forma deste dispositivo em análise (art. 19, I, da CF/1988); d) escusa de consciência por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII, e art. 143, § 1º, da CF/1988); e) imunidade religiosa (art. 150, VI, "a", da CF/1988); f) possibilidade de destinação de recursos públicos para escolas confessionais, na forma do descrito no art. 213, da CF/1988; g) reconhecimento aos índios, dentre outros, de seus costumes, crenças e tradições (art. 231, da CF/1988).

No tocante ao ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, que constituirá disciplina dos horários normais, o STF, por 6 x 5, estabeleceu a possibilidade de se ter natureza confessional, na medida em que a sua matrícula é facultativa, nos termos do art. 210, § 1º, da CF/1988, e, também, diante deste reconhecimento de separação atenuada entre Estado e igreja (ADI 4.439, j. 2017, DJE de 2018 – cf. item 14.10.6.2).

• recusar fé aos documentos públicos, ou seja, os documentos públicos presumem-se idôneos;

---

[26] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

• criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, inegável desdobramento do princípio da isonomia, que será mais bem estudado no item 14.10.2.

7.4 União Federal

A União Federal mais os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios compõem a República Federativa do Brasil, vale dizer, o Estado federal, o país Brasil.

A União, segundo José Afonso da Silva, "... se constitui pela congregação das comunidades regionais que vêm a ser os Estados-membros. Então quando se fala em Federação se refere à união dos Estados. No caso brasileiro, seria a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso se diz União Federal...".[27]

Assim, uma coisa é a União – unidade federativa –, ordem central, que se forma pela reunião de partes, através de um pacto federativo. Outra coisa é a República Federativa do Brasil, formada pela reunião da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos, nos termos, da CF/1988. A República Federativa do Brasil, portanto, é soberana no plano internacional (cf. art. 1º, I, da CF/1988), enquanto os entes federativos são autônomos entre si.

A União possui "dupla personalidade", pois assume um papel internamente e outro internacionalmente.

Internamente, é uma pessoa jurídica de direito público interno, componente da Federação brasileira e autônoma na medida em que possui capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, configurando, assim, autonomia financeira, administrativa e política (FAP).

Internacionalmente, a União representa a República Federativa do Brasil (vide art. 21, I ao IV, da CF/1988). Observe-se que a soberania é da República Federativa do Brasil, representada pela União Federal.

Exemplificando, de maneira interessante, David Araújo e Serrano Nunes observam: "a União age em nome de toda a Federação quando, no plano internacional, representa o País, ou, no plano interno, intervém em um Estado-membro. Outras vezes, porém, a União age por si, como nas situações em que organiza a Justiça Federal, realiza uma obra pública ou organiza o serviço público federal".[28]

7.4.1 Capital Federal

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO NORMATIVO	CAPITAL	LOCALIZAÇÃO
• 1824	• não há previsão expressa	• Rio de Janeiro	• cidade do Rio de Janeiro

[27] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[28] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.*

Ato Adicional nº 16/1834	• art. 1º, 2ª parte	• Rio de Janeiro – elevado à condição de Município Neutro	• cidade do Rio de Janeiro
• 1891	• art. 2º	• Distrito Federal	• cidade do Rio de Janeiro
• 1934	• art. 4º, caput, das Disposições Transitórias	• Distrito Federal	• cidade do Rio de Janeiro
• 1937	• art. 7º	• Distrito Federal	• cidade do Rio de Janeiro
• 1946 (primeiro momento)	• art. 1º, § 2º	• Distrito Federal	• cidade do Rio de Janeiro
• 1946 (segundo momento – 1960)	• art. 4º, do ADCT	• Distrito Federal (por força do art. 1º, § 2º), tendo sido dado o nome de "Brasília" à nova capital inaugurada em 21.04.1960, quando houve a sua transferência para o Planalto Central do Brasil (cf. art. 33, da Lei nº 2.874/1956)	• Planalto Central
• 1967	• art. 2º	• Distrito Federal	• Planalto Central
• EC nº 1/1969	• art. 2º	• Distrito Federal	• Planalto Central
• 1988	• art. 18, § 1º	• Brasília	• Planalto Central (no território do Distrito Federal – RA 129)

Brasília é a Capital Federal (art. 18, § 1º, da CF/1988). Trata-se de inovação em relação à Carta anterior, que estabelecia ser o Distrito Federal a Capital da União (cf. item 7.7.1).[29]

Juscelino Kubitschek, cumprindo mandamento constitucional de interiorização do País (art. 3º, CF/1891;[30] art. 4º, caput, das Disposições Transitórias, da CF/1934;[31] e art. 4º, do ADCT, CF/1946),[32] inaugurou Brasília em 21.04.1960.[33]

Conforme anotou José Afonso da Silva, de acordo com as regras fixadas na Constituição de 1988, Brasília "assume uma posição jurídica específica no conceito brasileiro de "cidade". Brasília é *civitas civitatum*, na medida em que é cidade-centro, polo irradiante, de onde

[29] O art. 32, caput, da CF/1988 veda a divisão do Distrito Federal em Municípios. Não existem, portanto, "cidades" no sentido de sede de Município. A expressão "cidade-satélite" mostra-se inadequada. Prefere-se a denominação Regiões Administrativas (RAs), modo pelo qual o Distrito Federal se organiza com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida (art. 10, da Lei Orgânica do DF)

[30] Constituição de 1891: "Art. 3º Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal"

[31] Constituição de 1934: "Art. 4º, caput, das Disposições Transitórias: Será transferida a Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que esta Constituição entrar em vigor, nomeará uma Comissão, que, sob instruções do Governo, procederá a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, serão presentes à Câmara dos Deputados, que escolherá o local e tomará sem perda de tempo as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado".

[32] Constituição de 1946: "Art. 4º, ADCT: A Capital da União será transferida para o planalto central do País. § 1º Promulgado este Ato, o Presidente da República, dentro em sessenta dias, nomeará uma Comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova Capital. § 2º O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em Lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. § 3º Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital. § 4º Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara"

[33] A Lei nº 2.874/1956 dispôs sobre a mudança da Capital Federal, autorizando o Executivo a constituir a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP). Com projeto urbanístico de Lúcio Costa e arquitetônico de Oscar Niemeyer, Brasília foi declarada Patrimônio Mundial pela UNESCO, tendo sido inscrita na listagem oficial em 11.12.1987, confirmando, assim, o seu valor excepcional e universal, devendo o seu sítio cultural ou natural ser protegido para o benefício da humanidade.

partem, aos governados, as decisões mais graves e onde acontecem os fatos decisivos para os destinos do país. Mas não se encaixa no conceito geral de "cidade", porque não é sede de Município. É *civitas* e *poli*, enquanto modo de habitar e sede do Governo Federal".

Ainda, de acordo com o art. 6º, da LO-DF, Brasília, além de ser a Capital da República Federativa do Brasil (e, como vimos, sede do Governo Federal), também é sede do governo do Distrito Federal.[34]

Finalmente, o art. 48, VII, da CF/1988 estabelece ser atribuição do Congresso Nacional, por meio de Lei Ordinária, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a transferência temporária da sede do Governo Federal.

Veja que o texto fala em transferência temporária e da sede do Governo Federal. Assim, não se admitirá a transferência definitiva (da sede do Governo Federal) e, muito menos, a transferência da Capital Federal. Esta será sempre Brasília, e o que eventualmente será transferido, insista-se, será a sede do Governo Federal.

Poderíamos pensar em situações de crise, como guerra, calamidade pública ou situações que impossibilitassem o funcionamento normal do Governo Federal, a justificar a eventual necessidade de sua transferência.

Como exemplo, citamos a Lei nº 8.675/1993, que dispôs sobre a transferência temporária e simbólica da sede do Governo Federal para a cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia, nos dias 15 e 16 de julho de 1993, datas da realização das reuniões de cúpula da III Conferência Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, tendo sido os atos e despachos do Presidente da República e dos Ministros de Estado datados naquela localidade. Tratava-se de homenagem prestada à cidade de Salvador que foi a primeira sede de governo do País.

7.4.2 Bens da União

O art. 20 da CF/1988 define os bens da União. Em relação a esse tema, orientamos, para as provas, uma breve leitura do referido art. 20, da CF/1988 (cuidado com a nova redação dada ao inciso IV pela EC nº 46/2005).[35] Trata-se de questão sempre perguntada,

---

[34] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[35] "Art. 20. São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (EC nº 46/2005); V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI – o mar territorial; VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

exigindo a pura memorização do candidato, como se percebe nas questões selecionadas na plataforma on-line.

Tendo em vista a novidade trazida pela EC nº 46/2005, resolvemos destacar o art. 20, IV, da CF/1988.

Comecemos a análise pelo quadro comparativo da redação do aludido dispositivo:

• Art. 20, IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, (AC) as áreas referidas no art. 26, II.	•Art. 20, IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (redação dada pela EC nº 46/2005).

Durante a tramitação da matéria no Senado Federal, a presidência recebeu expediente subscrito por membros da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, de lideranças municipais, da sociedade civil organizada e de populares solicitando empenho para a rápida aprovação da matéria, tendo em vista a sua importância para os Municípios localizados na ilha de São Luís.

Ao analisar a antiga redação dada ao art. 20, IV, observaram: "este tratamento distinto na Constituição, dado aos municípios situados em ilhas, particularmente em ilhas costeiras, estabelece uma discriminação brutal em relação aos demais municípios brasileiros. Senão vejamos:

• os moradores destes municípios, exceto aqueles residentes em terras oriundas de sesmarias, não são proprietários da área em que moram, ou têm o domínio útil, ou são posseiros;

• esses mesmos moradores, excetuada a questão das sesmarias, têm que pagar IPTU às prefeituras, o que ocorre em todos os municípios brasileiros, e taxa de foros à União, fato que tecnicamente pode não ser caracterizado como bitributação, mas de fato o é, penalizando sobremaneira uma população que já possui sua capacidade de pagar impostos e taxas exaurida;

• prejudica o setor primário, na medida em que o pequeno produtor, para conseguir crédito junto às agências de crédito, normalmente lhe é exigido o título de propriedade da área, que não possui;

• a indústria e o comércio também são prejudicados, na medida que têm que incluir mais uma taxa em seus insumos, diminuindo sua competitividade;

• o setor imobiliário é prejudicado quando, em qualquer transação de imóveis, além do ITBI, pago às prefeituras, deve ser pago laudêmio à União;

• conflitos fundiários são constantes devido o entendimento da União que as terras são de sua propriedade e a existência de escrituras lavradas em cartório conferindo a terceiros estas mesmas áreas como próprias".

No Parecer nº 462, de 2004, da CCJC, o relator, Senador Jorge Bornhausen, faz importante observação: "... a proposta claramente cuida apenas de restabelecer a normalidade dos fatos, retirando do patrimônio da União terras que lhe foram indevidamente atribuídas, e restituindo aos municípios tais glebas que, em face do processo de urbanização, passaram a integrar suas respectivas áreas administrativas" (DSF de 2004).

Seguindo esse entendimento, sustentamos que essa importante medida estimularia o desenvolvimento local de diversos Municípios, entes federativos autônomos, podendo-se destacar, dentre tantos, três que são também capitais de Estado: Florianópolis/SC, São Luís/MA e Vitória/ES. Lembramos, ainda, para se ter mais exemplos, a Ilha de Itaparica e os seus Municípios; a mágica "Morro de São Paulo", no Município de Cairu, todas no Estado da Bahia. No Estado do Piauí, destacamos a Ilha Grande de Santa Isabel. No Estado de Santa Catarina, a Ilha de São Francisco do Sul. No Estado de São Paulo, a Ilha de São Vicente, dentre tantos outros Municípios que seriam beneficiados com a medida.

Em nosso entender, a única ressalva era aquela expressamente prevista na EC nº 46/2005, qual seja, as áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal, que continuavam como bens da União.

CUIDADO: esse nosso entendimento, contudo, não prevaleceu no STF. Analisando a situação específica do Município de Vitória, o Tribunal entendeu que os terrenos de marinha e seus acrescidos estabelecidos na ilha costeira em que situado referido ente federativo deveriam ser considerados como bens da União, na forma do art. 20, VII, da CF/1988, que não foi revogado com o advento da referida reforma constitucional (interpretação sistemática do art. 20, IV e VII, da CF/1988).

Nesse sentido, a Corte, por 8 x 1, apreciando o tema 676 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "a EC nº 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da CF/1988, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios" (definidos abaixo), como no caso de Vitória (RE 636.199, Plenário, Rel. Min. Rosa Weber, j. 2017).

Conforme se destacou, além dos argumentos no sentido da necessidade de harmonização do art. 20, IV e VII, da CF/1988, "os terrenos de marinha e seus acrescidos, do ponto de vista histórico, já integravam o rol de bens da União, mesmo antes de as ilhas costeiras passarem a compor o patrimônio federal, a reforçar o rechaço à tese de que teria sido alterado o tratamento jurídico a eles conferido em razão da modificação introduzida pela EC nº 46/2005 na propriedade das ilhas marítimas. Também destoa do sistema de distribuição de bens entre as entidades da Federação entender que os Municípios sediados

em ilhas sejam proprietários dos terrenos de marinha, e não o sejam os Municípios costeiros. Com a EC nº 46/2005, portanto, as ilhas costeiras em que situada a sede de Município passaram a receber o mesmo tratamento da porção continental do território brasileiro no tocante ao regime de bens da União [...]. A isonomia aspirada pelo constituinte derivado operou-se em prestígio da autonomia municipal preconizada na Carta de 1988 e cuidou de equiparar o regime jurídico-patrimonial das ilhas costeiras em que sediados Municípios àquele incidente sobre suas porções continentais, favorecendo a promoção dos interesses locais e o desenvolvimento da região" (Inf. 862/STF).

Como consequência desse entendimento de que os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios são de propriedade da União, o uso privativo dos referidos bens imóveis da União está regulamentado em legislação específica, no caso, o DL nº 9.760/1946, implementando-se a sua utilização pelo regime do aforamento (art. 99 do DL nº 9.760/1946).

Conforme observa Di Pietro, quando aplicável a imóveis da União, a enfiteuse tem natureza de direito real de natureza pública, havendo uma bifurcação da propriedade: a) domínio direto: o senhorio e a propriedade do imóvel pertencem à União, que conserva o domínio direto; b) domínio útil: pertence ao foreiro ou enfiteuta, que tem poderes de usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar os seus direitos a outrem. Entre as suas obrigações está a de pagar anualmente o foro (contraprestação em razão do domínio útil), bem como o laudêmio, na hipótese de "transferência onerosa, por ato inter vivos, do domínio útil ou de direitos sobre as benfeitorias, bem como a cessão de direitos a eles relativos" (art. 3º do DL nº 2.398/1987).[36]

Teceremos brevíssimos comentários sobre alguns bens da União (apenas a definição da dimensão), cujo questionamento, pela lógica, certamente deverá aparecer em direito administrativo:

• terrenos de marinha: aqueles "em uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés. Para os efeitos dessa definição, a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano" (art. 2º do DL nº 9.760/1946);

• terrenos acrescidos de marinha: "os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha" (art. 3º do DL nº 9.760/1946);

---

[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo.*

• mar territorial: "... faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil" (art. 1º, da Lei nº 8.617/1993);

• zona contígua: "... faixa que se estende das 12 às 24 milhas marítimas, contadas das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial" (art. 4º, da Lei nº 8.617/1993);

• zona econômica exclusiva: "... faixa que se estende das 12 às 200 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial" (art. 6º, da Lei nº 8.617/1993);

• plataforma continental: "... leito ou subsolo das áreas marítimas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância" (art. 11, da Lei nº 8.617/1993);

• faixa de fronteira: faixa de até 150 quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres (art. 20, § 2º, da CF/1988).

Dentro deste último conceito, convém destacar as terras devolutas, bens públicos dominicais, pertencentes à União, por força do art. 20, II, da CF/1988, desde que situadas na faixa de fronteira. Logo, são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. As demais terras devolutas, em regra, desde que não tenham sido trespassadas aos Municípios, são de propriedade dos Estados.[37]

Finalmente, estabelece a Constituição, na redação dada pela EC nº 102/2019, ser assegurada, nos termos, da Lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º, da CF/1988).

---

[37] De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "terras devolutas são as terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa Portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarca-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de "comisso", isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. Com a independência do País passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado Brasileiro. Pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de direito administrativo*).

7.4.3 Competências da União Federal

7.4.3.1 Competência não legislativa (administrativa ou material)

A competência não legislativa, como o próprio nome ajuda a compreender, determina um campo de atuação político-administrativa, tanto é que são também denominadas competências administrativas ou materiais, pois não se trata de atividade legiferante. Regulamenta o campo do exercício das funções governamentais, podendo tanto ser exclusiva da União (marcada pela particularidade da indelegabilidade) como comum (também chamada de cumulativa, concorrente, administrativa ou paralela) aos entes federativos, assim esquematizadas:

• exclusiva: art. 21, da CF/1988;[38]

• comum (cumulativa, concorrente, administrativa ou paralela): art. 23, da CF/1988 – trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em relação à competência comum (cumulativa, concorrente administrativa ou paralela), de maneira bastante interessante, o art. 23, parágrafo único, da CF/1988, estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

O objetivo é claro: como se trata de competência comum a todos, ou seja, concorrente no sentido de todos os entes federativos poderem atuar, o objetivo de referidas leis complementares é evitar não só conflitos como também a dispersão de recursos, procurando estabelecer mecanismos de otimização dos esforços.

Como exemplo, podemos citar a LC nº 140/2011, que, regulamentando o art. 23, III, VI e VII, da CF/1988, fixou normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas:

• à proteção das paisagens naturais notáveis;

• à proteção do meio ambiente;

• ao combate à poluição em qualquer de suas formas;

• à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Infelizmente, o legislador regulamentou apenas o art. 23, III, VI e VII, da CF/1988. Diante dessa constatação, surge a questão: e se ocorrer conflito entre os entes federativos

[38] A EC nº 49/2006 acabou com o monopólio da União sobre a produção, comercialização e utilização de radioisótopos, que poderão ser autorizadas sob o regime de permissão, conforme art. 21, caput, XXIII, "b" e "c", da CF/1988, nas áreas da medicina, agricultura e indústria (cf. item 20.3). Em relação à manutenção do monopólio dos Correios (art. 21, X, da CF/1988), cf. item 20.2, ADPF 46, j. 2009.

durante o exercício das demais competências previstas no art. 23, da CF/1988, qual a solução a adotar?

Nesse caso, observam Mendes, Coelho e Branco que, "se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)".[39]

Contudo, vale a pena destacar voto do Min. Fachin no julgamento de questão envolvendo a proibição do amianto (cf. item 7.11.1) ao sustentar que o federalismo cooperativo "não se satisfaz apenas com o princípio informador da predominância de interesses", devendo observar os preceitos de subsidiariedade e proporcionalidade.

Conforme expressa, "de acordo com a primeira (subsidiariedade), o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. Já de acordo com a segunda (proporcionalidade), é preciso sempre respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins. A proporcionalidade poderia ser utilizada, portanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência de nítida orientação constitucional. O teste de razoabilidade, por sua vez, exigiria o exame das razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consistiria, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou por motivos que não poderiam ter sido considerados. Interpretando, pois, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado numa presunção de autonomia em favor dos entes menores (*presumption against preemption*), para a edição de leis que resguardem seus interesses" (Inf. 848/STF, ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109, j. 2017 – pendente o julgamento dos embargos de declaração).

Mas fica um ALERTA: muito embora essa interessante perspectiva, o Plenário, ao apreciar leis estaduais que obrigavam empresas de telefonia a instalar equipamentos para o bloqueio de celulares em presídios, entendeu-as como inconstitucionais, por tratarem de telecomunicações (art. 21, XI, art. 22, IV, e art. 175, parágrafo único, IV). Por mais que o argumento lançado pelo Min. Fachin tivesse o apoio dos Min. Barroso e Rosa Weber (sustentando haver a matéria conexão com direito penitenciário, consumo e segurança pública – o que permitira a normatização estadual), não adotando meramente o critério da

[39] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*. (grifamos). Amigo professor, interessante, inclusive para ser trabalhada em aula com os alunos, a decisão monocrática do Min. Celso de Mello na AC-MC/RR 1.255, DJ de 2006.

preponderância de interesses, a maioria do STF, contudo, capitulou a matéria como afeta a telecomunicações, atraindo, assim, a competência da União.

Apesar do reconhecimento de pontos de contato entre os temas, a maioria dos Ministros fundamentou com base no critério da prevalência de interesses para solucionar o conflito, sustentando a competência da União quando a matéria transcender interesses locais e regionais, devendo, no caso, haver um tratamento nacional uniforme (ADIs 3.835, 5.356, 5.253, 5.327 e 4.861, j. 2016).

De todo modo, vamos acompanhar a perspectiva lançada nas ações que discutiram a proibição do amianto (ADIs 4.066, 3.937, 3.406, 3.470, 3.356, 3.357 e ADPF 109, em todas, exceto na ADI 4.066 – DJE de 2018, pendente o julgamento dos embargos declaratórios).

7.4.3.2 Competência legislativa

Como a terminologia indica, trata-se de competências, constitucionalmente definidas, para elaborar leis. Elas foram assim definidas para a União Federal:

• privativa: art. 22, da CF/1988. Indaga-se: apesar de ser competência privativa da União, poderiam aquelas matérias ser regulamentadas também por outros entes federativos? Sim, de acordo com a regra do art. 22, parágrafo único, da CF/1988, que permite à União, por meio de Lei Complementar, autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias previstas no referido art. 22, da CF/1988. Entendemos que essa possibilidade estende-se, também, ao Distrito Federal, por força do art. 32, § 1º[40], da CF/1988. Finalmente, havendo opção política e discricionária, referida delegação não poderá ser direcionada a um único Estado determinado, mas deverá ser para todos os Estados e o DF (no exercício de sua competência estadual);

• concorrente: o art. 24, da CF/1988 define as matérias de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Em relação àquelas matérias, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Em caso de inércia da União, inexistindo Lei Federal elaborada pela União sobre norma geral, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, caput, c/c o art. 32, § 1º, da CF/1988) poderão suplementar a União e legislar, também, sobre as normas gerais, exercendo a competência legislativa plena. Se a União resolver legislar sobre norma geral, a norma geral que o Estado (ou Distrito Federal) havia elaborado terá a sua eficácia suspensa, no ponto em que for contrária à nova Lei Federal sobre norma geral. Caso não seja conflitante, passam a conviver, perfeitamente, a norma geral federal e a estadual (ou distrital). Observe-se tratar de suspensão da eficácia, e não revogação, pois, caso a norma geral federal que suspendeu a eficácia da norma geral estadual seja revogada por outra norma geral federal, que, por seu turno, não contrarie a norma geral feita pelo Estado, esta

[40] "Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios."

última voltará a produzir efeitos (lembre-se que a norma geral estadual apenas teve a sua eficácia suspensa);[41]

• competência tributária expressa: art. 153, da CF/1988 (estudar especialmente em direito tributário);

• competência tributária residual: art. 154, I, da CF/1988 (instituição, mediante Lei Complementar, de impostos não previstos no art. 153, da CF/1988, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF/1988);

• competência tributária extraordinária: art. 154, II, da CF/1988 (instituição, na iminência ou no caso de guerra externa, de impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação).

7.4.3.3 Competência para legislar sobre o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – Discussão em relação à EC nº 85/2015

De acordo com o art. 218, caput, da CF/1988, o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (cf. item 19.6).

Nesse sentido, a Constituição prescreve que o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

A disciplina desse sistema dar-se-á, de acordo com o art. 219-B, § 1º e § 2º, da CF/1988 (EC nº 85/2015), da seguinte forma:

• União (Lei Federal): disporá sobre as normas gerais do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

• Estados, Distrito Federal e Municípios: legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

Essa previsão de competência concorrente está também prevista no art. 24, IX, da CF/1988 (redação dada pela EC nº 85/2015).

Isso posto, indagamos: a introdução da regra contida no art. 219-B, § 2º, da CF/1988, pela EC nº 85/2015, cria um novo modelo de competência concorrente na federação brasileira?

---

[41] Ver no item 7.6.2.2 comentários à competência legislativa suplementar municipal, onde entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

Entendemos que não.

Isso porque devemos analisar as atribuições destinadas aos entes federativos (União, Estados, DF e Municípios) sempre à luz do art. 24, § 1º ao § 4º, da CF/1988, bem como do art. 30, I e II, da CF/1988.

Assim, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais sobre o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Por sua vez, a competência dos Estados e do DF, existindo a norma geral federal, destinar-se-á para complementar referida norma. A competência dos Municípios, por outro lado, limitar-se-á a suplementar a legislação federal e a estadual existentes no que couber e sempre à luz do interesse local.

E se não existir a norma geral federal?

Nos termos do art. 24, § 2º e § 4º, da CF/1988, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e do DF. Isso porque, inexistindo Lei Federal sobre normas gerais, os Estados e o DF exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, lembrando que a superveniência de Lei Federal sobre normas gerais suspende a eficácia, da Lei Estadual e/ou, da Lei distrital, no que lhe for contrário.

Estamos propondo que essa atuação normativa supletiva (supletiva já que inexistente a Lei Federal, no caso em análise), estabelecida para os Estados e para o DF, não tenha sido estendida pela EC nº 85/2015 para os Municípios.

Muito embora no art. 219-B, § 2º, da CF/1988, fale-se em "legislação concorrente", entendemos que os Municípios não poderão extrapolar os limites explícitos do art. 30, I e II, da CF/1988. Em outras palavras, estão autorizados apenas a suplementar as leis federal ou estaduais que já existem, não podendo invadir a competência de um desses entes federativos na hipótese de inexistência das referidas leis (na medida em que a regra da competência concorrente – art. 24, da CF/1988 – não foi introduzida para os Municípios). Havendo inércia, o parâmetro será sempre o interesse local (art. 30, I, da CF/1988).

Vamos aguardar, então, as discussões sobre o tema, seja na doutrina, como, também, na jurisprudência do STF (pendente de análise futura).

7.4.3.4 Legislação sobre o meio ambiente e controle da poluição: Competência municipal. O caso particular da queima da palha da cana-de-açúcar (RE 586.224) e o da aplicação de multas para os proprietários de veículos automotores que emitem fumaça acima de padrões considerados aceitáveis (RE 194.704)

a) RE 586.224: queima da palha da cana-de-açúcar

As perspectivas lançadas no item anterior parecem encontrar alguma relação com precedente analisado pelo STF envolvendo a proibição de queimada em canaviais.

A Corte analisou a Lei nº 1.952/1995, do Município de Paulínia (SP), que proibiu, sem qualquer exceção, a queima da palha da cana-de-açúcar.

Eis a questão: poderia o município ter legislado sobre meio ambiente ou essa competência foi fixada apenas para a União, os Estados e o DF?

Conforme vimos, a atribuição de proteção ao meio ambiente está fixada como matéria de competência administrativa (material) comum a todos os entes federativos (art. 23, VI, da CF/1988). Trata-se de previsão para a atuação governamental, e não para se legislar.

A definição da competência normativa, no caso, está estabelecida como de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, VI, da CF/1988).

Conforme expusemos, não há previsão de aplicação das regras de competência concorrente (art. 24, § 1º a § 4º, da CF/1988) para os Municípios cuja competência foi estabelecida apenas para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/1988), podendo suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, da CF/1988).

No precedente em análise, contudo, de maneira inovadora, o STF, por unanimidade, "firmou a tese de que o Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da CF/1988)" (RE 586.224, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2015, Plenário, DJE de 2015).

No caso, como já existe legislação federal prevendo a eliminação planejada e gradual da queima da palha da cana-de-açúcar (art. 40, da Lei nº 12.651/2012 – Código Florestal), não poderia a Lei municipal ter fixado a proibição total e imediata, especialmente por não se enquadrar a matéria como de interesse local específico daquele município.

Estamos diante de importante precedente que inova, em nosso entender, a leitura sobre o tema da competência entre os entes federativos, procurando harmonizar as regras de competência concorrente (art. 24, da CF/1988) com aquelas de interesse local e suplementar dos Municípios (art. 30, I e II, da CF/1988).

b) RE 194.704: aplicação de multas para os proprietários de veículos automotores que emitem fumaça acima de padrões considerados aceitáveis.

Nesse mesmo sentido, a partir do precedente da queima da palha da cana-de-açúcar, o STF analisou Lei do Município de Belo Horizonte com base na qual se aplicaram multas por poluição do meio ambiente, decorrente da emissão de fumaça por veículos automotores no perímetro urbano (vide Infs. nº. 347, 431, 807 e 870/STF).

A Corte reafirmou que o município tem competência para legislar sobre meio ambiente e controle da poluição, quando se tratar de assuntos de interesse estritamente local e,

naturalmente, não violar as legislações federal e estadual, por se tratar de matéria de competência concorrente.

Conforme afirmou o Min. Celso de Mello em seu voto, "o controle da poluição ambiental, especialmente vocacionado a impedir a degradação dos índices de qualidade do ar, assim obstando o agravamento da poluição atmosférica (que constitui fenômeno presente nos grandes centros urbanos e nas áreas metropolitanas, como sucede com o Município de Belo Horizonte/MG), traduz matéria que se submete à esfera de competência legislativa dos Municípios, observado, para esse efeito, como limite inultrapassável, o interesse local, e desde que as medidas de regulação normativa não transgridam nem conflitem com o âmbito de atuação que a Constituição da República atribuiu à União Federal e aos Estados-membros" (RE 194.704, j. 2017, Plenário, DJE de 2017, acórdão).

7.4.4 Regiões administrativas ou de desenvolvimento

O art. 43, caput, da CF/1988 estabelece que, para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Trata-se, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, de "formas especiais de organização administrativa do território",[42] destituídas de competência legislativa, em razão de sua falta de capacidade política no âmbito jurídico-formal.

Lei Complementar disporá sobre: a) as condições para integração de regiões em desenvolvimento; b) a composição dos organismos regionais que executarão, na forma, da Lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

Dentre os incentivos regionais, podemos destacar, além de outros, na forma, da Lei: a) igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; b) juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; c) isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; d) prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

Em relação a estas últimas áreas, sujeitas a secas periódicas, o art. 43, § 3º, da CF/1988, dispõe que a União incentivará a recuperação das terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação, sendo que, nos termos do art. 42, do ADCT, na redação dada pela EC nº 89/2015, durante 40 anos, a União aplicará, do montante de recursos destinados à irrigação, 20% na Região Centro-Oeste e 50% na Região Nordeste, preferencialmente no

[42] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

semiárido. Desses percentuais, no mínimo 50% serão destinados a projetos de irrigação que beneficiem agricultores familiares que atendam aos requisitos previstos em legislação específica. Trata-se, sem dúvida, da consagração do princípio das "discriminações positivas", ou "ações afirmativas", que será retomado no item 14.10.2 ao tratarmos do princípio da igualdade substancial ou material (vide, também, art. 3º, III, e art. 187, VII, da CF/1988).

Como exemplos de regiões administrativas ou de desenvolvimento podemos lembrar a SUDENE (LC nº 66/1991), a SUDAM (LC nº 67/1991), a SUFRAMA (LC nº 134/2010), as autorizações para o Poder Executivo criar as Regiões Administrativas Integradas de Desenvolvimento da Grande Teresina (LC nº 112/2001) e do Polo Petrolina/PE e Juazeiro/BA (LC nº 113/2001), assim como a instituição da Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste – SUDECO –, de natureza autárquica especial, com autonomia administrativa e financeira, integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, com sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e com área de atuação abrangendo os Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás, além do Distrito Federal (LC nº 129/2009).

Convém destacar, contudo, tendo em vista os escandalosos, vergonhosos, indecorosos... desvios de valores de verbas públicas, a extinção da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), por meio, respectivamente, das MPs nº 2.156-5 e 2.157-5, de 2001. Em contrapartida, foram criadas, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, as Agências de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE) e da Amazônia (ADA), de natureza autárquica, vinculadas ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento do Nordeste e da Amazônia, respectivamente. Cabe apenas alertar sobre a forma de extinção da SUDAM e da SUDENE e sobre a criação da ADENE e da ADA, qual seja, por meio de medida provisória, o que poderá ser questionado perante o Judiciário, restando aguardar o pronunciamento do STF.

Posteriormente, a LC nº 124/2007 instituiu, novamente, a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, de natureza autárquica especial, administrativa e financeiramente autônoma, integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, com sede na cidade de Belém, Estado do Pará, e vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

Por sua vez, a LC nº 125/2007 instituiu, na forma do art. 43, da CF/1988, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, também de natureza autárquica especial, administrativa e financeiramente autônoma, integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, com sede na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, e vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

7.5 Estados-Membros

Como já verificamos ao tratar do tema poder constituinte derivado decorrente, os Estados federados são autônomos, em decorrência da capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Trata-se de autonomia, e não de soberania, na medida em que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Internamente, os entes federativos são autônomos, nos limites de suas competências, constitucionalmente definidas, delimitadas e asseguradas. Constituem pessoas jurídicas de direito público interno, autônomos, nos seguintes termos:

• auto-organização: art. 25, caput, da CF/1988, que, como vimos, preceitua que os Estados se organizarão e serão regidos pelas leis e Constituições que adotarem, observando-se, sempre, as regras e preceitos estabelecidos na CF/1988, conforme já expusemos ao tratar do poder constituinte derivado decorrente;

• autogoverno: os art. 27, art. 28 e art. 125, da CF/1988, estabelecem regras para a estruturação dos "Poderes": Legislativo: Assembleia Legislativa; Executivo: Governador do Estado; e Judiciário: Tribunais e Juízes (cada um dos Poderes será estudado nos capítulos 9-11);

• autoadministração e autolegislação: art. 18 e art. 25 ao art. 28, da CF/1988 – regras de competências legislativas e não legislativas, que serão oportunamente estudadas.

7.5.1 Formação dos Estados-Membros

7.5.1.1 Regra geral

O art. 18, § 3º, da CF/1988, prevê os requisitos para o processo de criação dos Estados-Membros que deverão ser conjugados com outro requisito, o do art. 48, VI, da CF/1988. Vejamos:

PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS ESTADOS MEMBROS – ART 18, § 3º, da CF/1988
"Os Estados podem incorporar-se entre si (FUSÃO), subdividir-se (CISÃO) ou desmembrar-se (DESMEMBRAMENTO) para se anexar a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais mediante aprovação da população imediatamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional por Lei Complementar.

• plebiscito: por meio de plebiscito, a população interessada deverá aprovar a formação do novo Estado. Não havendo aprovação, nem se passará à próxima fase, na medida em que o plebiscito é condição prévia, essencial e prejudicial à fase seguinte;

• propositura do projeto de Lei Complementar: o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.709/1998 estabelece que, em sendo favorável o resultado da consulta prévia ao povo mediante plebiscito, será proposto projeto de lei

• perante qualquer das Casas do Congresso Nacional;

• audiência das Assembleias legislativas: à Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de Lei Complementar referido no item anterior compete proceder a audiência das respectivas Assembleias Legislativas (art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.709/1998, regulamentando o art. 48, VI, da CF/1988). Observe-se que o parecer das Assembleias Legislativas dos Estados não é vinculativo, ou seja, mesmo que desfavorável, poderá dar-se continuidade ao processo de formação de novos Estados (ao contrário da consulta plebiscitária, como vimos acima.);

• aprovação pelo Congresso Nacional: após a manifestação das Assembleias legislativas, passa-se à fase de aprovação do projeto de Lei Complementar, proposto no Congresso Nacional, através do *quorum* de aprovação pela maioria absoluta, de acordo com o art. 69, da CF/1988. Cabe alertar que o Congresso Nacional não está obrigado a aprovar o projeto de lei, nem o Presidente da República está obrigado a sancioná-lo. Ou seja, ambos têm discricionariedade, mesmo diante de manifestação plebiscitária favorável, devendo avaliar a conveniência política para a República Federativa do Brasil.

7.5.1.2 Aspectos específicos e procedimentais

O art. 3º, da Lei nº 9.709/1998 estatui que nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do art. 18, § 3º, da CF/1988 (criação de Estados-Membros), o plebiscito e o referendo são convocados mediante Decreto Legislativo, por proposta de 1/3, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional.

É de observar que a competência para autorizar referendo e convocar plebiscito, de acordo com o art. 49, XV, da CF/1988, é exclusiva do Congresso Nacional, materializada por Decreto Legislativo.

Para ilustrar, vamos lembrar o caso concreto da proposta de divisão do Estado do Pará, que aconteceu em 2011 e que acabou não sendo aceita pelo povo.

O DL nº 136/2011 dispôs sobre a realização de plebiscito para a criação do Estado do Carajás,[43] nos termos do art. 49, XV, da CF/1988, enquanto, por sua vez, o DL nº 137/2011 convocou plebiscito sobre a criação do Estado do Tapajós.[44]

---

[43] De acordo com a divulgação do TSE, 66,60% dos votos válidos refletiram a vontade da maioria contra a criação de Carajás

[44] Por sua vez, conforme divulgação do TSE, 66,08% dos votos válidos também refletiram a vontade popular contra a criação de Tapajós.

Interessante notar que foram os parlamentares os responsáveis pela definição do suposto novo desenho do atual Estado do Pará no caso de aprovação do plebiscito.

Ou seja, essa definição já chega pronta para que a população do Estado responda no momento da consulta.

a) E quais poderiam ser os possíveis resultados do plebiscito?

Conforme sinalizado anteriormente, se o povo responder que não é a favor da separação para formação de novos Estados (desmembramento formação), o procedimento não seguirá, ou seja, a vontade negativa do povo vincula, não podendo, assim, jamais, o Parlamento aprovar eventual projeto de Lei Complementar criando os novos Estados contra a vontade negativa manifestada no plebiscito.

Portanto, parece-nos possível concluir que a democracia direta prevalece sobre a democracia representativa.

Agora, ao invés, se a vontade do povo for no sentido favorável, o projeto de Lei Complementar poderá seguir a sua tramitação e, assim, o parlamento, com autonomia, avaliará a conveniência ou não da criação dos novos Estados.

Isso significa que o Congresso Nacional terá total liberdade para não aceitar a criação dos novos Estados, até porque é o órgão político responsável pela avaliação e conveniência do novo desenho do Estado brasileiro.

b) Se a população autorizar o procedimento e o Congresso Nacional aprovar o projeto de Lei Complementar, o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei?

Sim. O que quer dizer que o Presidente da República terá autonomia para ir contra a vontade do povo. E, novamente, essa situação não tem nenhum empecilho, na medida em que o Chefe do Executivo, mesmo que eleito pelo povo, tem, em igual sentido, liberdade para avaliar a conveniência do novo “desenho”.

Nesse caso, parece-nos que, consagrando o sistema dos freios e contrapesos e em respeito à literalidade do art. 66, § 4º, da CF/1988, necessariamente, o veto presidencial será apreciado pelo Parlamento em sessão conjunta, dentro de 30 dias a contar de seu recebimento, podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores (lembramos que, para essa hipótese, a EC nº 76/2013, no tocante ao modo de votação, aboliu a regra do escrutínio secreto, passando a ser votação ostensiva, ou seja, voto “aberto”).

Avançando, o art. 18, § 3º, da CF/1988 estabelece que os Estados podem desmembrar-se para formar novos Estados mediante aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito, e do Congresso Nacional, por Lei Complementar.

O que deve ser entendido por população diretamente interessada a ser ouvida no plebiscito?

Em 2011, o pleno do STF decidiu, no julgamento da ADI 2.650,[45] que o plebiscito para o desmembramento de um Estado da Federação deve envolver não somente a população do território a ser desmembrado mas também a de todo o Estado-Membro, no caso do exemplo em análise, a população de todo o Estado do Pará.

E como fica o resto do Brasil? Será que a mudança no desenho da Federação não afetaria o interesse das populações e dos outros Estados?

Essa preocupação foi manifestada pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da referida ADI 2.650, que chegou a afirmar a necessidade de se fazer a consulta envolvendo a população de todo o território nacional.

Conforme noticiado, explicou "... que os estados e os municípios de hoje têm participação em receitas federais e estaduais. "Ora, se há possibilidade de vir à balha um novo município ou um novo estado haverá prejuízo para as populações dos demais estados e dos demais municípios, e a razão é muito simples: aumentará o divisor do fundo alusivo aos estados e do fundo também referente aos municípios"" (Notícias STF, 2011).

Contudo, como visto, essa tese não prevaleceu.

Assim, muito cuidado e retomando: população diretamente interessada deve ser entendida como a população de todo o Estado-Membro (ou de todo o Município, no caso de seu desmembramento), e não apenas a população da área a ser desmembrada.

Em relação ao resto do Brasil, podemos afirmar que a consulta acabará sendo realizada, segundo anotado no julgamento da ADI 2.650, indiretamente, por meio dos seus representantes eleitos, na medida em que, relembramos, o Congresso Nacional terá discricionariedade para aprovar ou não o projeto de LC, mesmo diante de plebiscito favorável.

7.5.1.3 E qual deve ser o procedimento no caso de criação de um novo Estado?

Ou, em outras palavras, o que acontecerá se o povo autorizar a criação do novo Estado, o projeto de Lei Complementar for aprovado pelo Congresso Nacional e o Presidente da República sancioná-lo, promulgando e determinando a publicação da nova lei, que efetivamente tratará do novo desenho do território nacional?

Nesse caso, de acordo com o art. 235, da CF/1988, nos 10 primeiros anos da referida criação, serão observadas as seguintes regras básicas:

• a Assembleia Legislativa será composta de 17 Deputados, se a população do Estado for inferior a 600.000 habitantes, e de 24, se igual ou superior a esse número, até 1.500.000;

• o Governo terá no máximo 10 Secretarias;

---

[45] ADI 2.650, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário, DJE de 2011.

• o Tribunal de Contas terá 3 membros, nomeados pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber;

• o Tribunal de Justiça terá 7 Desembargadores;

• os primeiros Desembargadores serão nomeados pelo Governador eleito, escolhidos na forma do art. 235, V, "a" e "b", da CF/1988;

• no caso de Estado proveniente de Território Federal, os 5 primeiros Desembargadores poderão ser escolhidos dentre juízes de direito de qualquer parte do País;

• em cada Comarca, o primeiro Juiz de Direito, o primeiro Promotor de Justiça e o primeiro Defensor Público serão nomeados pelo Governador eleito após concurso público de provas e títulos;

• até a promulgação da Constituição Estadual, responderão pela Procuradoria-Geral, pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com 35 anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis *ad nutum*;

• se o novo Estado for resultado de transformação de Território Federal, a transferência de encargos financeiros da União para pagamento dos servidores optantes que pertenciam à Administração Federal ocorrerá de acordo com o art. 235, IX, "a" e "b", da CF/1988;

• as nomeações que se seguirem às primeiras, para os cargos mencionados, serão disciplinadas na Constituição Estadual;

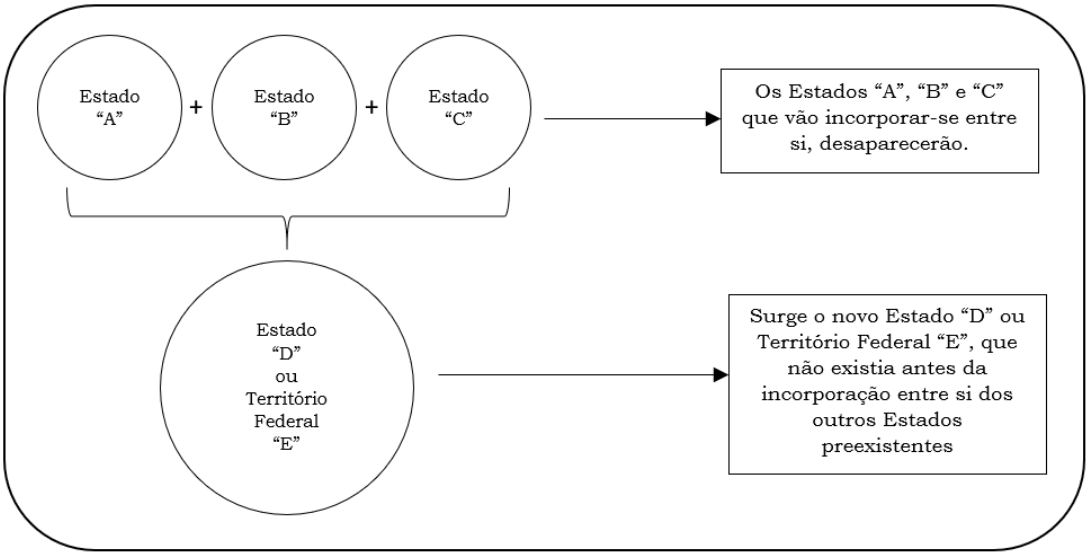
• as despesas orçamentárias com pessoal não poderão ultrapassar 50% da receita do Estado.

7.5.1.4 Fusão

O art. 18, § 3º, da CF/1988, determina que os Estados poderão incorporar-se entre si. Trata-se do instituto da fusão, na medida em que dois ou mais Estados se unem geograficamente, formando um terceiro e novo Estado ou Território Federal, distinto dos Estados anteriores, os quais, por sua vez, perderão a personalidade primitiva. Ou seja, os Estados que se incorporarem entre si não mais existirão; o Estado ou Território Federal que será formado considera-se inexistente antes do processo de fusão.

Nesse caso, por população diretamente interessada, a ser consultada mediante plebiscito, deve-se entender a população de cada um dos Estados que desejam fundir-se.

Como exemplo, podemos lembrar o art. 8º da LC nº 20/1974, que criou o atual Estado do Rio de Janeiro em razão da fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara (antigo Município Neutro, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro e que foi a capital do Brasil, transformada em Distrito Federal pela Constituição de 1891, e transformado no Estado da Guanabara em 1960 quando houve a inauguração de Brasília e a transferência da Capital para o Planalto Central).

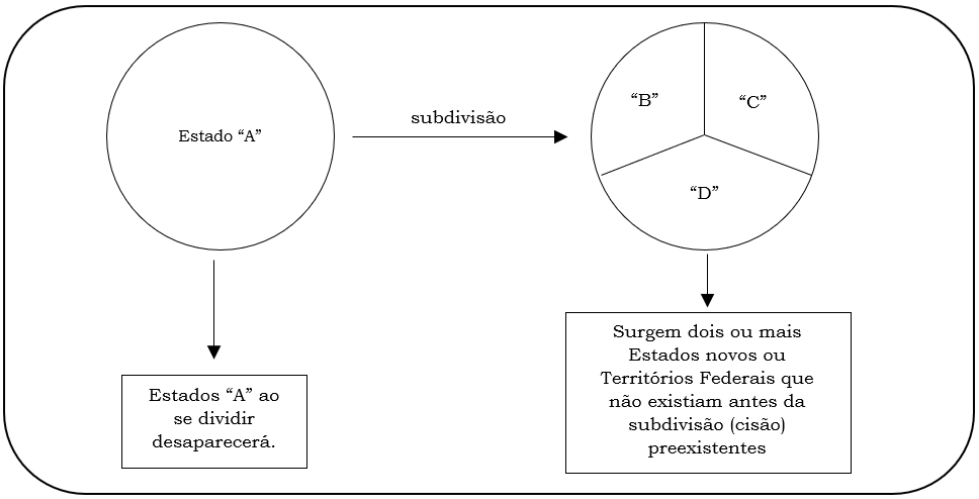


7.5.1.5 Cisão

A cisão ocorre quando um Estado que já existe subdivide-se, formando dois ou mais Estados-Membros novos (que não existiam), com personalidades distintas, ou Territórios Federais. O Estado originário que se subdividiu desaparece, deixando de existir politicamente.

Como anota José Afonso da Silva, subdivisão "... significa separar um todo em várias partes, formando cada qual uma unidade independente das demais".[46]

Por população diretamente interessada a ser consultada, mediante plebiscito, sobre a subdivisão do Estado deve-se entender a população do referido Estado que vai partir-se.



[46] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

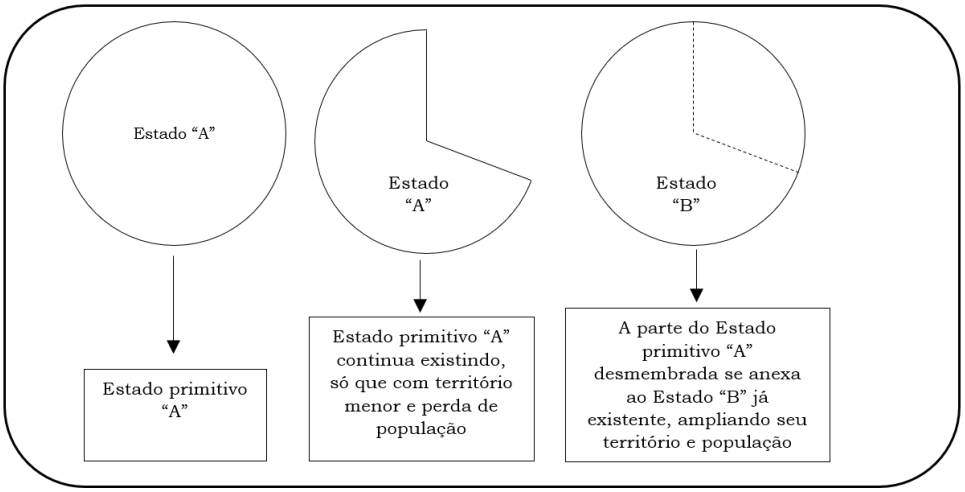
7.5.1.6 Desmembramento

Ao estabelecer o art. 18, § 3º, da CF/1988, que os Estados podem desmembrar-se, fixou-se a possibilidade de um ou mais Estados cederem parte de seu território geográfico para formar um novo Estado ou Território Federal que não existia ou se anexar (a parte desmembrada) a um outro Estado que já existia.

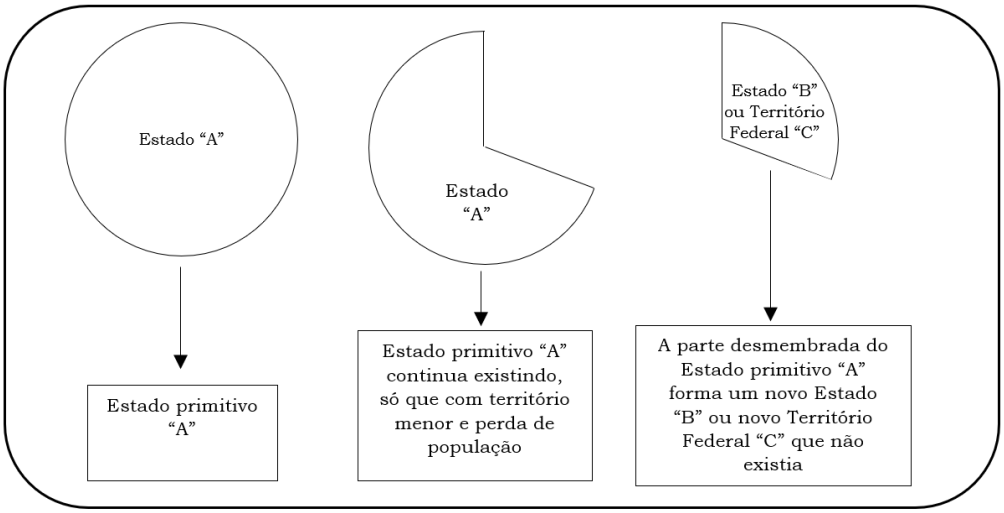
Como regra, o Estado originário não desaparece. Foi o que aconteceu com o Estado de Goiás em relação ao do Tocantins (art. 13, do ADCT) e com o de Mato Grosso em relação a Mato Grosso do Sul, este criado pela LC nº 31/1977.

Assim, surgem duas modalidades de desmembramento:

• desmembramento anexação – a parte desmembrada vai anexar-se a um Estado que já existe, ampliando o seu território geográfico. Não haverá criação de um novo Estado. Tanto o Estado primitivo permanece (só que com área e população menores) como o Estado que receberá a parte desmembrada continua a existir (só que com área e população maiores);



•desmembramento formação – a parte desmembrada se transformará em um ou mais de um Estado novo ou Território Federal, que não existia.



Reforçando, nos dois casos o Estado originário não desaparecerá, não ocorrendo a perda de sua identidade.

Apenas perderá parte de seu território e da população.

No tocante ao plebiscito, por população diretamente interessada deve ser entendida tanto a do território que se pretende desmembrar como a que receberá o acréscimo, na hipótese de desmembramento anexação. Na hipótese de desmembramento formação deve ser ouvida a população do Estado que sofrerá o desmembramento.

7.5.2 Bens dos Estados-Membros

De acordo com o art. 26, da CF/1988, incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma, da Lei, as decorrentes de obras da União; II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

7.5.3 Competências dos Estados-Membros

7.5.3.1 Competência não legislativa (administrativa ou material)

• comum (cumulativa, concorrente, administrativa ou paralela): trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23, da CF/1988;

• residual (remanescente ou reservada): são reservadas aos Estados as competências administrativas que não lhes sejam vedadas, ou a competência que sobrar (eventual resíduo), após a enumeração dos outros entes federativos (art. 25, § 1º, da CF/1988), ou seja, as

competências que não sejam da União (art. 21, da CF/1988), do Distrito Federal (art. 23, da CF/1988), dos Municípios (art. 30, III ao IX, da CF/1988) e comum (art. 23, da CF/1988).

7.5.3.2 Competência legislativa

Como a terminologia indica, trata-se de competências, constitucionalmente definidas, para elaborar leis.

Foram assim definidas para os Estados-Membros:

• expressa: art. 25, caput, da CF/1988, qual seja, como vimos, a capacidade de auto-organização dos Estados-Membros, que se regerão pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da CF/1988;

• residual (remanescente ou reservada): art. 25, § 1º, da CF/1988, toda competência que não for vedada está reservada aos Estados-Membros, ou seja, o resíduo que sobrar, o que não for de competência expressa dos outros entes e não houver vedação, caberá aos Estados materializar;

• delegada pela União: art. 22, parágrafo único, da CF/1988, como vimos, a União poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa prevista no art. 22 e incisos, da CF/1988.

Tal autorização dar-se-á por meio de Lei Complementar;[47]

• concorrente: art. 24, da CF/1988, a concorrência para legislar dar-se-á entre a União, os Estados e o Distrito Federal, cabendo à União legislar sobre normas gerais e aos Estados, sobre normas específicas;

• suplementar: art. 24, § 1º ao § 4º, da CF/1988 no âmbito da legislação concorrente, como vimos, a União limita-se a estabelecer normas gerais e os Estados, normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, os Estados poderão suplementá-la, regulamentando as regras gerais sobre o assunto, sendo que, na superveniência de Lei Federal sobre norma geral, a aludida norma estadual geral (suplementar) terá a sua eficácia suspensa, no que for contrária à Lei Federal sobre normas gerais editadas posteriormente.[48] Assim, poderíamos, conforme a doutrina, dividir a competência suplementar em duas, a saber: a) competência suplementar complementar – na hipótese de já existir Lei Federal sobre a matéria, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal (na competência estadual) simplesmente completá-las; b) competência suplementar supletiva – nessa hipótese inexiste

---

[47] Nesse sentido, destacamos a LC nº 103/2000, que, em razão da regra contida no art. 22, parágrafo único, da CF/1988, autorizou os Estados e o DF a instituírem, mediante Lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o art. 7º, V, da CF/1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em Lei Federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho (cf. item 15.4.1).

[48] Ver no item 7.6.2.2 comentários à competência legislativa suplementar municipal, onde entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

a Lei Federal, passando os Estados e o Distrito Federal (na competência estadual), temporariamente, a ter a competência plena sobre a matéria;

• tributária expressa: art. 155, da CF/1988, (estudar especialmente em direito tributário).

7.5.4 Exploração dos serviços locais de gás canalizado

Os serviços locais de gás canalizado serão explorados diretamente pelos Estados, ou mediante concessão, na forma, da Lei, vedando-se a regulamentação da referida matéria por medida provisória, como expressamente previsto no art. 25, § 2º, da CF/1988, (com a redação determinada pela EC nº 5/1995), e em decorrência do art. 246, da CF/1988.

A Lei nº 9.478/1997 (vide também a Lei nº 9.847/1999), veio dispor sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituindo o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, além de outras providências pertinentes à matéria.

Trata-se, de acordo com o art. 6º, XXII, da Lei nº 9.478/1997, da distribuição de gás canalizado, ou seja, serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do art. 25, § 2º, da CF/1988.[49]

7.5.5 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

7.5.5.1 Aspectos gerais

A política de agrupamento de municípios para a implementação de serviços públicos comuns, como, por exemplo, os de saneamento básico, foi lançada na Constituição de 1937 (art. 29, da CF/1937), que delegava aos Estados a regulamentação das condições, bem como a forma de sua administração.

---

[49] Porém, lembrar o conteúdo do art. 177, da CF/1988, que diz: "Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme art. 21, caput, XXIII, "b" e "c", da CF/1988 (cf. EC nº 49/2006). § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas no art. 21, I ao IV, da CF/1988, observadas as condições estabelecidas em lei".

A Constituição de 1946 permitiu ao Estado apenas a criação de órgão de assistência técnica aos Municípios.

Já a de 1967 (art. 157, § 10, da CF/1967) e a EC nº 1/1969 (art. 164, EC nº 1/1967) trataram de modo explícito da possibilidade de criação de regiões metropolitanas, para a realização de serviços de interesse comum, mediante Lei Complementar do Congresso Nacional, ou seja, a competência era da União.

A Constituição de 1988, por sua vez, inovando, passa a atribuir aos Estados a competência para instituir não só as regiões metropolitanas, mas, também, aglomerações urbanas e microrregiões, nos seguintes termos (art. 25, § 3º, da CF/1988):

• legitimados: Estados-Membros;

• requisito formal: a instituição dar-se-á por Lei Complementar a ser aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado;

• requisito material (elementos de Constituição): agrupamento de municípios limítrofes (dois ou mais);

• finalidade: integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Segundo interpretou o STF, "o interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços

• supramunicipais (ADI 1.842, j. 2013);

• função pública de interesse comum: "política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes" (art. 2º, II, da Lei nº 13.089/2015 – "Estatuto da Metrópole").

7.5.5.2 Conceito

De acordo com José Afonso da Silva:[50]

• região metropolitana: "constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município-polo";

• microrregiões: "formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana";

• aglomerados urbanos: "carecem de conceituação, mas, de logo, se percebe que se trata de áreas urbanas, sem um polo de atração urbana, quer tais áreas sejam das cidades sedes dos Municípios, como na baixada santista (em São Paulo), ou não".

---

[50] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

Para o ilustre professor, o que dá essência ao conceito de região metropolitana, legitimando-a e justificando-a, é o fenômeno da conurbação, ou seja, "a existência de núcleos urbanos contíguos, contínuos ou não, subordinados a mais de um Município, sob a influência de um Município-polo".

As microrregiões distinguem-se das regiões metropolitanas sob esse aspecto fático, caracterizando-se como "regiões espaciais definidas para fins administrativos, que também pressupõem a existência de um agrupamento de Municípios limítrofes com interesses comuns", mas sem o citado aspecto urbanístico (a conurbação, "realidade fática, antológica, essência conceitual").

A região metropolitana, diferente da microrregião (definida para fins administrativos), apresenta-se, portanto, como região urbana ("comunidade integrada em um espaço fortemente urbanizado"), e não puramente territorial. Essa característica marcante também se verifica nos aglomerados urbanos, que, contudo, diferente das regiões metropolitanas, não possuem um polo de atração urbana.[51]

Partindo dessa perspectiva doutrinária, devemos destacar as definições contidas no Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015), a saber:

• região metropolitana: "unidade regional instituída pelos Estados, mediante Lei Complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum" (inicialmente definido na redação original do art. 2º, VII, da Lei nº 13.089/2015, o instituto veio a ser alterado pela Lei nº 13.683/2018, tendo sido modificado pela MP 862/2018, que teve o seu prazo de vigência encerrado em 2019, voltando, então, a valer a regra dada pela referida Lei nº 13.683/2018);

• aglomeração urbana: "unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas" (art. 2º, I, da Lei 13.089/2015).

De maneira bastante interessante, o art. 4º, da Lei 13.089/2015, Estatuto da Metrópole, prevê a possibilidade de instituição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que

---

[51] SILVA, José Afonso da: *Direito urbanístico brasileiro.* Conforme anotou, "essa realidade urbanística especial, que constitui o substrato e fundamento das regiões metropolitanas, foi muito bem captada pela justificativa que acompanhou a proposta de emenda constitucional de autoria do então senador Eurico Rezende, de que se originou o art. 157, § 10, da CF/1967, traduzido no art. 164, da EC 1/1969 i*n verbis*: "as Regiões Metropolitanas constituem hoje em dia uma realidade urbanística que não pode ser desconhecida das Administrações modernas, nem omitida no planejamento regional. Por regiões metropolitanas entendem-se aqueles Municípios que gravitam em torno da grande cidade, formando com esta uma unidade socioeconômica, com recíprocas implicações nos seus serviços urbanos e interurbanos. Assim sendo, tais serviços deixam de ser de exclusivo interesse local, por vinculados estarem a toda comunidade metropolitana. Passam a constituir a tessitura intermunicipal daquelas localidades, e, por isso mesmo, devem ser planejados e executados em conjunto, por uma Administração unificada e autônoma, mantida por todos os Municípios da região (...)"" (SILVA, José Afonso da: *Direito urbanístico brasileiro*).

envolva Municípios pertencentes a mais de um Estado, hipótese em que será formalizada mediante a aprovação de leis complementares pelas assembleias legislativas de cada um dos Estados envolvidos.

Até a aprovação das referidas leis complementares por todos os Estados, a região metropolitana ou a aglomeração urbana terá validade apenas para os Municípios dos Estados que já houverem aprovado a respectiva lei.

7.5.5.3 O que aconteceu com as regiões metropolitanas instituídas antes da nova Constituição de 1988?

Conforme se observou, a partir de 1988, a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões passou a depender de Lei Complementar estadual.

No ordenamento jurídico anterior, a competência era da União, destacando-se os seguintes exemplos, recepcionados e que perduram até que Lei Complementar estadual disponha de modo diverso:

• LC nº 14/1973: regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza;

• LC nº 20/1974: região metropolitana do Rio de Janeiro, que veio a ser alterada pela LC nº 87/1997-RJ.

7.5.5.4 Caráter compulsório da participação dos Municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

O art. 357, parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro exigia a prévia aprovação pela respectiva câmara municipal para a participação de qualquer município em região metropolitana.

O STF, interpretando o art. 25, § 3º, da CF/1988 reconheceu o caráter compulsório da participação, bastando a existência de Lei Complementar estadual (ADI 1.841, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2002, Plenário, DJ de 2002).

Em igual sentido já havia decidido a Corte em relação ao art. 216, § 1º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, declarando inconstitucional a exigência de plebiscito às populações diretamente interessadas para a criação de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Como se disse, basta a existência de Lei Complementar aprovada pela Assembleia Legislativa estadual (ADI 796, j. 1998).

O tema voltou a ser reafirmado no julgamento da ADI 1.842 (j. 2013), também envolvendo Lei Complementar específica estadual que criou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos.

Conforme ficou estabelecido, “a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal” (item 4 da ementa).

7.5.5.5 O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal que deverá ser preservada. Não se admite a simples transferência de competências exclusivamente para o Estado-Membro. A gestão deverá ser compartilhada

Analisando o caso concreto do Estado do Rio de Janeiro, o STF deixou claro que a autonomia municipal deverá ser preservada. Assim, a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, bem como o seu processo decisório, não poderão ser transferidos com exclusividade para o Estado-Membro, devendo ser assegurada a participação tanto dos municípios compreendidos como do referido ente federativo.

Conforme ficou assentado na ementa do julgamento da ADI 1.842, “o interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região”.

Dessa forma, “o parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre Municípios e Estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios”.

Ao final, a Corte estabeleceu que “a participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”.

7.5.5.6 “Estatuto da Metrópole” – Lei nº 13.089/2015

Em discussão desde o advento do "Estatuto da Cidade" (Lei nº 10.257/2001), em sua complementação, a União elaborou a Lei nº 13.089/2015, instituindo o denominado "Estatuto da Metrópole".

Tendo por fundamento os art. 21, XX, art. 23, IX, art. 24, I, art. 25, § 3º e art. 182, da CF/1988, o Estatuto da Metrópole estabelece:

• diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados;

• normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa;

• critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano.

Além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, as disposições introduzidas na Lei aplicam-se, no que couber, às microrregiões instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas.

De modo bastante interessante, o Estatuto da Metrópole preserva o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI 1.842 (cf. item 7.5.5.4), confirmando o caráter compulsório de participação dos Municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões, com a preservação da autonomia dos entes federativos em relação aos interesses comuns de abrangência metropolitana, como os serviços de transporte público, saneamento básico, meio ambiente, mobilidade urbana, moradia etc.

Lança-se a ideia de uma denominada "governança interfederativa", definida pelo estatuto como o "compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum" (art. 2º, IV, da CF/1988).

Por sua vez, o art. 6º da referia Lei nº 13.089/2015 estabelece que a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, com a previsão expressa de apoio da União, respeitará os seguintes princípios:

• prevalência do interesse comum sobre o local;

• compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção do desenvolvimento urbano integrado (redação dada pela Lei nº 13.683/2018);

• autonomia dos entes da Federação;

• observância das peculiaridades regionais e locais;

• gestão democrática da cidade, consoante os art. 43 ao art. 45, da Lei nº 10.257/2001;

• efetividade no uso dos recursos públicos;

• busca do desenvolvimento sustentável.

No fundo, o estatuto confirma uma inegável tendência e realidade dos tempos atuais, marcada por não mais se sustentar a plena e isolada autonomia municipal, nem a crença em uma ultrapassada onipresença do Estado para tratar das questões supramunicipais.

O que se tem é a confirmação da necessidade de participação de todos os entes federativos envolvidos, bem como o necessário e permanente diálogo no tocante à organização, ao planejamento e à execução de funções públicas de interesse comum.

7.5.5.7 Qual a natureza jurídica das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões criadas por Lei Complementar estadual?

Apesar da discussão doutrinária sobre o assunto, Michel Temer estabelece que a região metropolitana (e em seguida diz caber tal observação para as aglomerações urbanas e microrregiões) "não é dotada de personalidade. Com este dizer fica afastada a ideia de governo próprio ou, mesmo, de administração própria. Não é pessoa política nem administrativa. Não é centro personalizado. Não é organismo. É órgão".[52]

Em outras palavras, instituído o agrupamento de municípios por um dos instrumentos, não se criará um novo ente federativo, não se tratará de entidade política autônoma, mas, em essência, será estabelecido um órgão com função meramente administrativa e executória, nos termos, da Lei Complementar estadual.

Alaor Caffé Alves vislumbra no permissivo do art. 25, § 3º, da CF/1988, a possibilidade de se instituir uma "nova forma de administração regional, no âmbito dos Estados, como um corpo-administrativo territorial (autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional), sem personalidade política".[53]

Essa entidade regional criada para a implementação das funções públicas de interesse comum, sempre assegurando a participação dos Municípios e do Estado, não poderá se confundir com as pessoas políticas que a instituirão, mas, naturalmente, poderá, diante da transferência de parte específica de competências e atribuições previstas na Constituição, ter personalidade jurídica (não política.).

Nesse sentido, interessante anotar o reconhecimento, pelo Min. Gilmar Mendes, de se implementar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum por agências reguladoras.

Ao analisar o caso concreto do Estado do Rio de Janeiro (ADI 1.842), em seu voto, reconheceu que o serviço de saneamento básico "– no âmbito de regiões metropolitanas,

---

[52] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*
[53] ALVES, Alaôr Caffé: *Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.*

microrregiões e aglomerados urbanos – constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos como o estado federado.

Portanto, nesses casos, o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada – instituída por meio, da Lei Complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais – em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes. Esta estrutura colegiada deve regular o serviço de saneamento básico de forma a dar viabilidade técnica e econômica ao adequado atendimento do interesse coletivo."

E concluiu: "... a mencionada estrutura colegiada pode ser implementada tanto por acordo, mediante convênios, quanto de forma vinculada, na instituição dos agrupamentos de municípios. Ademais, a instituição de agências reguladoras pode se provar como forma bastante eficiente de estabelecer padrão técnico na prestação e concessão coletivas do serviço de saneamento básico" (original sem grifos).

7.6 Municípios

O Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno e autônoma nos termos e de acordo com as regras estabelecidas na CF/1988.

Muito se questionou a respeito de serem os Municípios parte integrante ou não de nossa Federação, bem como sobre a sua autonomia. A análise dos art. 1º e art. 18, da CF/1988, bem como de todo o capítulo reservado aos Municípios (apesar de vozes em contrário), leva-nos ao único entendimento de que eles são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação. Ainda mais diante do art. 34, VII, "c", da CF/1988, que prevê a intervenção federal na hipótese de o Estado não respeitar a autonomia municipal.

Como já alertamos, trata-se de autonomia, e não de soberania, uma vez que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Internamente, os entes federativos são autônomos, na medida de sua competência, constitucionalmente definida, delimitada e assegurada. Vejamos:

• auto-organização: art. 29, caput, da CF/1988 – os Municípios organizam-se por meio de Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição do respectivo Estado e o preceituado nos art. 29, I ao XIV, da CF/1988;

• autogoverno: elege, diretamente, o Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores (confira incisos do art. 29, da CF/1988);

• autoadministração e autolegislação: art. 30, da CF/1988 – regras de competência que serão oportunamente estudadas. O STF, ao destacar a essência da autonomia municipal, estabeleceu que a autoadministração implica a capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica (ADI 1.842, item 3 da ementa).

7.6.1 Formação dos Municípios

O art. 18, § 4º, da CF/1988, com a redação dada pela EC nº 15/1996, fixa as regras para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, nos seguintes termos e obedecendo às seguintes etapas:

• Lei Complementar federal: determinará o período para a mencionada criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios, bem como o procedimento (cf. ADI 2.702);

• estudo de viabilidade municipal: deverá ser apresentado, publicado e divulgado, na forma, da Lei, estudo demonstrando a viabilidade da criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios;

• plebiscito: desde que positivo o estudo de viabilidade, far-se-á consulta às populações dos Municípios envolvidos (de todos os Municípios envolvidos, e não apenas da área a ser desmembrada, como vimos em relação aos Estados-Membros), para aprovarem ou não a criação, incorporação, fusão ou desmembramento. Referido plebiscito será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual (art. 5º, da Lei nº 9.709/1998);

• Lei Estadual: dentro do período que a Lei Complementar federal definir, desde que já tenha havido um estudo de viabilidade e aprovação plebiscitária, serão criados, incorporados, fundidos ou desmembrados Municípios, através de Lei Estadual.

Portanto, o plebiscito é condição de procedibilidade para o processo legislativo, da Lei Estadual. Se favorável, o legislador estadual terá discricionariedade para aprovar ou rejeitar o projeto de Lei de criação do novo Município. Em igual sentido, mesmo que aprovada a Lei pelo legislador estadual, o Governador de Estado poderá vetá-la.

Modificando anterior jurisprudência do TSE (MS 1.511/DF, de 1992), o art. 7º, da Lei nº 9.709/1998 dispõe que a consulta plebiscitária deverá ocorrer perante as populações diretamente interessadas, tanto a do território que será desmembrado como a do distrito que pretende desmembrar-se.

Finalmente, destacamos o julgamento da ADI 2.240, na qual se discutiram as regras do art. 18, § 4º, da CF/1988, especialmente a necessidade de LC federal determinando o período de criação de novos Municípios.

REDAÇÃO ORIGINAL (CF/1988)	REDAÇÃO DADA PELA EC nº 15/1996
Art. 18, § 4º: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por Lei Estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.	Art. 18, § 4º: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por Lei Estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma, da Lei.

Pelo que se percebe, da Leitura comparativa do texto do art. 18, § 4º, da CF/1988, a EC nº 15/1996 estabeleceu outros requisitos para a criação de novos Municípios, dificultando-a. Essa, por sinal, era a intenção do constituinte reformador, buscando evitar o surgimento desenfreado de novos Municípios e sob o controle exclusivo (na redação original) da Lei Complementar estadual.

Aliás, como já estudamos no item 6.7.1.9, nessa linha, entendeu o STF que o art. 18, § 4º, da CF/1988, na redação trazida pela EC nº 15/1996, é norma de eficácia limitada e, por isso, toda Lei Estadual que criar Município sem a existência, da Lei Complementar federal estará eivada de inconstitucionalidade. Trata-se de vício formal por violação a um dos pressupostos objetivos do ato.[54]

Por isso, reconhecendo a *inertia deliberandi* do Congresso Nacional em apreciar os vários projetos de LC que tramitavam (e vejam que, à época do julgamento, já se fazia mais de 15 anos que a regra havia sido estabelecida pela EC nº 15/1996), no julgamento da ADO 3.682, o STF, fazendo um apelo ao legislador, fixou o prazo de 18 meses para que o art. 18, § 4º, da CF/1988 fosse regulamentado (vide item 6.7.4.9).

Por consequência, nas várias ADIs julgadas,[55] o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que criaram Municípios sem a existência da LC federal, mas não pronunciou a nulidade dos atos, mantendo a vigência por mais 24 meses (efeito prospectivo ou para o futuro).

Buscando regularizar a situação de vários Municípios, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 57/2008, acrescentando o art. 96 ao ADCT, com a seguinte redação: "ficam

[54] Nesse sentido, cf. ADI 2.381-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2001; ADI 3.149/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 2005; ADI 2.702/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 2004; ADI 2.967/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2004; ADI 2.632/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2004.

[55] ADIs 2.240 (Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia – que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães), 3.316 (Lei nº 6.983/1998, do Estado do Mato Grosso – que criou o Município de Santo Antônio do Leste, a partir de área desmembrada do Município de Novo São Joaquim), 3.489 (Lei nº 12.294/2002, do Estado de Santa Catarina – que anexa ao Município de Monte Carlo a localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos) e 3.689 (Lei nº 6.066/1997, do Estado do Pará – que, alterando divisas, desmembrou faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e integrou-o ao de Ourilândia do Norte).

convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja Lei tenha sido publicada até 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

Chegamos a fazer críticas firmes à nova emenda, em nosso entender, não apenas inconstitucional como, acima de tudo, imoral.

Todavia, em determinado caso concreto, o STF acabou aceitando os seus termos:

"EMENTA: Criação do Município de Pinto Bandeira/RS. Ação julgada prejudicada pela edição superveniente, da EC nº 57/2008. Alegação de contrariedade à EC nº 15/1996 [...]. Com o advento, da EC nº 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja Lei tenha sido publicada até 2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação. A Lei 11.375/1999 foi publicada nos termos do art. 9º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, alterado pela EC nº 20/1997, pelo que a criação do Município de Pinto Bandeira foi convalidada" (ADI 2.381-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Apesar desse precedente, devemos alertar que não se extinguiu a necessidade da existência de Lei Complementar federal que regularize o processo de formação dos Municípios. A referida emenda apenas "validou" a criação (inconstitucional – e aí a nossa crítica) dos novos Municípios estabelecidos sem a existência da referida LC federal.

Por esse motivo, não há dúvida de que se eventual Município vier a ser criado após 2006 e ainda não tiver sido editada a LC federal prevista no art. 18, § 4º, da CF/1988, também estaremos diante de vício formal de inconstitucionalidade (esse, aliás, tem sido o entendimento do STF: cf. ADI 4.992, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Finalmente, devemos deixar anotado que, apesar de o Congresso Nacional ter aprovado em mais de uma oportunidade projetos de leis complementares disciplinando a matéria, estes foram vetados pela então Presidente da República Dilma Rousseff. O último, nos mesmos termos de veto anterior, de acordo com a Mensagem nº 250/2014, teve por fundamento o dito interesse público: "depreende-se que haverá aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que haja a correspondente geração de novas receitas".

7.6.2 Competências dos Municípios

7.6.2.1 Competências não legislativas (administrativas ou materiais)

• comum (cumulativa, concorrente, administrativa ou paralela): trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23, da CF/1988;

• privativa (enumerada): art. 30, III ao IX, da CF/1988 – assim definida: "Art. 30. Compete aos Municípios:... III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (redação dada pela EC nº 53/2006); VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual".

7.6.2.2 Competências legislativas

• expressa: art. 29, caput, da CF/1988 – qual seja, como vimos, a capacidade de auto-organização dos Municípios, através de Lei Orgânica;

• interesse local: art. 30, I, da CF/1988 – o interesse local diz respeito às peculiaridades e necessidades ínsitas à localidade. Michel Temer observa que a expressão "interesse local", doutrinariamente, assume o mesmo significado da expressão "peculiar interesse", expressa na Constituição de 1967. E completa: "Peculiar interesse significa interesse predominante";[56]

• suplementar: art. 30, II, da CF/1988 – estabelece competir aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. "No que couber" norteia a atuação municipal, balizando-a dentro do interesse local. Observar ainda que tal competência se aplica, também, às matérias do art. 24, da CF/1988, suplementando as normas gerais e específicas, juntamente com outras que digam respeito ao peculiar interesse daquela localidade;

• plano diretor: art. 182, § 1º, da CF/1988 – o plano diretor deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Serve como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana;[57]

---

[56] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[57] Sobre o assunto, consultar a Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, com *vacatio legis* de 90 dias, que, regulamentando os art. 182 e art. 183, da CF/1988, trouxe importantes inovações. No tocante ao plano diretor, o art. 41 da Lei nº 10.257/2001, diz ser obrigatório para cidades: a) com mais de 20.000

• competência tributária expressa: art. 156, da CF/1988 (estudar especialmente em direito tributário).

7.6.2.3 Competência municipal para legislar sobre meio ambiente e controle da poluição

Conforme já estudamos, o STF analisou a competência municipal para legislar sobre a proibição de queimada em canaviais (RE 586.224).

No precedente em análise, de maneira inovadora, a Corte, por unanimidade, "firmou a tese de que o Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c art. 30, I e II, da CF/1988)" (RE 586.224, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2015, Plenário, DJE de 2015 – cf. item 7.4.3.4).

Em igual perspectiva, o STF, em momento seguinte, entendeu a legitimidade e constitucionalidade de legislação municipal com base na qual se aplicam multas por poluição do meio ambiente, decorrente da emissão de fumaça por veículos automotores no perímetro urbano (RE 194.704, Rel. Orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. 2017, Plenário, DJE de 2017).

Conforme informado, "no mérito, o pleno considerou que as expressões "interesse local", do art. 30, I, da CF/1988, e "peculiar interesse", das Constituições anteriores, se equivalem e não significam interesse exclusivo do Município, mas preponderante. Assim, a matéria é de competência concorrente (art. 24, VI, da CF/1988), sobre a qual a União expede normas gerais. Os Estados e o Distrito Federal editam normas suplementares e, na ausência de Lei Federal sobre normas gerais, editam normas para atender a suas peculiaridades. Por sua vez, os Municípios, com base no art. 30, I e II, da CF/1988, legislam naquilo que for de interesse local, suplementando a legislação federal e a estadual no que couber" (Inf. 870/STF – cf., também, item 7.4.3.4 deste nosso estudo).

7.7 Distrito Federal

7.7.1 Histórico

habitantes; b) integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; c) onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no art. 182, § 4º, da CF/1988; d) integrantes de áreas de especial interesse turístico; e) inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Estabelece, ainda, o art. 41, § 2º, da Lei nº 10.257/2001, que, no caso de cidades com mais de 500.000 habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

O Distrito Federal surge da transformação do antigo Município neutro (sede da Corte e Capital do Império), nos termos do art. 2º da CF/1891, passando a ser a Capital da União, mantida a sede na cidade do Rio de Janeiro.

Nesse momento de sua instituição não se podia considerá-lo como entidade federada autônoma, mas simples autarquia territorial.

De acordo com o art. 3º e parágrafo único da CF/1891 (regra essa mantida nos textos seguintes), ficou pertencendo à União, no Planalto Central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que seria oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal. Efetuada a mudança da Capital, concretizando-se os compromissos de interiorização do País, o Distrito Federal, que se localizava na cidade do Rio de Janeiro, passaria a constituir um Estado.

Cumprindo o "Plano de Metas" ("50 anos em 5"), Juscelino Kubitschek, além de importantes realizações econômicas, implementou a construção de Brasília, inaugurada em 21 de abril de 1960. Nessa data, conforme mandamento constitucional, o então Distrito Federal foi transformado no Estado da Guanabara, com os mesmos limites geográficos da cidade do Rio de Janeiro, a capital e sede do novo Estado (cf. Lei nº 3.752/1960).

A título de curiosidade, o Estado da Guanabara não foi dividido em municípios, decisão essa que encontrou apoio popular no plebiscito realizado em 21 de abril de 1963, além de ter curta duração (1960-1975). Por força do art. 8º da LC nº 20/1974, a partir de 1975, os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara incorporaram-se entre si (processo de fusão), passando a constituir um único Estado, sob a denominação de Estado do Rio de Janeiro, sendo a cidade do Rio de Janeiro a Capital.

Com a Constituição de 1988, de acordo com o art. 18, § 1º, da CF/1988, a Capital Federal passa a ser Brasília, situada no território do Distrito Federal, que, no novo modelo, ainda localizado no Planalto Central do Brasil, deixa de ser mera autarquia territorial, tornando-se ente federativo, com autonomia parcialmente tutelada pela União, conforme estudaremos.

Brasília, por sua vez, nos termos do art. 6º, da LO-DF, além de ser a Capital da República Federativa do Brasil e sede do governo federal, é, também, sede do governo do Distrito Federal.

7.7.2 Distrito Federal como unidade federada

O Distrito Federal é, portanto, uma unidade federada autônoma, visto que possui capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação:

• auto-organização: art. 32, caput, da CF/1988 – estabelece que o Distrito Federal se regerá por Lei Orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias e aprovada

por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal;

• autogoverno: art. 32, § 2º e § 3º, da CF/1988 – eleição de Governador e Vice-Governador e dos Deputados Distritais;

• autoadministração e autolegislação: regras de competências legislativas e não legislativas, que serão abaixo estudadas.

7.7.3 Outras características importantes

Algumas outras regras devem também ser lembradas:

• impossibilidade de divisão do Distrito Federal em Municípios: o art. 32, caput, da CF/1988, expressamente, veda a divisão do Distrito Federal em Municípios, ao contrário do que acontece com os Estados e Territórios;

• autonomia parcialmente tutelada pela União:[58] a) o art. 32, § 4º, da CF/1988, declara inexistirem polícia civil, polícia penal, polícia militar e corpo de bombeiros militar, pertencentes ao Distrito Federal. Tais instituições, embora subordinadas ao Governador do Distrito Federal (art. 144, § 6º, da CF/1988), são organizadas e mantidas diretamente pela União (art. 21, XIV, da CF/1988 na redação dada pela EC nº 104/2019, que alterou a Constituição Federal para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital), sendo que a referida utilização pelo Distrito Federal será regulada por Lei Federal (cf. SV 39/STF e capítulo sobre segurança pública, item 13.7.7); b) também observar que o Poder Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios são organizados e mantidos pela União (art. 21, XIII, e art. 22, XVII, da CF/1988);

• EC nº 69/2012: na mesma linha da Reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/2004), que assegurou às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária (dentro dos limites constitucionais), com atraso de 8 anos, a EC nº 69/2012 transferiu da União para o DF as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal, determinando a aplicação dos mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados.

A Lei nº 10.633/2002 instituiu o Fundo Constitucional do Distrito Federal – FCDF, de natureza contábil, com a finalidade de prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia penal (EC nº 104/2019), da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do DF, bem como a assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, consoante disposto no art. 21, XIV, da CF/1988 (cf., ainda, art. 25, da EC nº 19/1998).

---

[58] Terminologia utilizada por SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

Conforme bem entendeu o STF, na medida em que os recursos destinados ao referido FCDF pertencem aos cofres federais (Tesouro Nacional), "a competência para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados ao FCDF é do Tribunal de Contas da União – TCU" e não do Tribunal de Contas do Distrito Federal (MS 28.584 AgR, 2ª T., j. 2019, DJE de 2019). Esse entendimento segue a mesma lógica do estabelecido pelo pleno em relação aos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, repassados aos Estados e Municípios, que, por serem federais, são também controlados pelo TCU (ADI 1.934, j. 2019).

Nessa linha, entendeu o STF, ainda, que, "ao instituir a chamada "gratificação por risco de vida" dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, o Poder Legislativo distrital usurpou a competência material da União para "organizar e manter a polícia civil, a polícia penal (EC nº 104/2019 – acrescente-se), a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio" (art. 21, XIV, da CF/1988). Incidência da Súmula 647 do STF" (ADI 3.791, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, Plenário, DJE de 2010. Observa-se que a S. 647/STF foi convertida na SV 39/STF).

7.7.4 Competências do Distrito Federal

7.7.4.1 Competências não legislativas (administrativas ou materiais)

• comum (cumulativa ou paralela): trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23, da CF/1988.

7.7.4.2 Competências legislativas

O art. 32, § 1º, da CF/1988 prescreve que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Assim, tudo o que foi dito a respeito dos Estados aplica-se ao Distrito Federal, bem como o que foi dito sobre os Municípios no tocante à competência para legislar também a ele se aplica.

• expressa: art. 32, caput, da CF/1988 – elaboração da própria Lei Orgânica;

• residual: art. 25, § 1º, da CF/1988 – toda competência que não for vedada, ao Distrito Federal estará reservada;

• delegada: art. 22, parágrafo único, da CF/1988 – como vimos, a União poderá autorizar o Distrito Federal a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa. Tal autorização dar-se-á mediante Lei Complementar;

• concorrente: art. 24, da CF/1988 – em que se estabelece concorrência para legislar entre União, Estados e Distrito Federal, cabendo à União legislar sobre normas gerais e ao Distrito Federal, sobre normas específicas;

• suplementar: art. 24, § 1º ao § 4º da CF/1988 – no âmbito da legislação concorrente, como vimos, a União limita-se a fixar normas gerais e o Distrito Federal, normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, o Distrito Federal poderá suplementá-la e regulamentar as regras gerais sobre o assunto, sendo que, na superveniência de Lei Federal sobre norma geral, a aludida norma distrital geral (suplementar) terá a sua eficácia suspensa, no que for contrária à Lei Federal sobre normas gerais editadas posteriormente;[59]

• interesse local: art. 30, I, c/c o art. 32, § 1º, da CF/1988;

• competência tributária expressa: art. 147, parte final, c/c os art. 156 e art. 155, da CF/1988 (a estudar especialmente em direito tributário).

7.8 Territórios Federais

7.8.1 Histórico

Apesar de a primeira Constituição a tratar sobre Territórios ter sido a de 1934, foi na vigência da de 1891 que se estabeleceu o primeiro Território Federal no Brasil, qual seja, o do Acre,[60] adquirido pelo Brasil pelo Tratado de Petrópolis, assinado em 1903 com a República da Bolívia e pelo qual se celebrou permuta de territórios (destacando que apenas em 1909 é que se pacificou a controvérsia em relação à fronteira com o Peru – cf. art. VIII do Estatuto).

De acordo com o art. III do referido Tratado, "por não haver equivalência nas áreas dos territórios permutados entre as duas Nações, os Estados Unidos do Brasil pagarão uma indenização de 2.000.000 (dois milhões de libras esterlinas), que a República da Bolívia aceita com o propósito de aplicar principalmente na construção de caminhos de ferro ou em

[59] Ver comentários à competência legislativa suplementar municipal, nos quais entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

[60] "O nome Acre surgiu de "Aquiri", que significa "rio dos jacarés" na língua nativa dos índios Apurinãs, os habitantes originais da região banhada pelo rio que empresta o nome ao estado. Os exploradores da região transcreveram o nome do dialeto indígena, dando origem ao nome Acre. Os primeiros habitantes da região eram os índios, até 1877, quando imigrantes nordestinos arregimentados por seringalistas para trabalhar na extração do látex, devido aos altos preços da borracha no mercado internacional, iniciaram a abertura de seringais. Este território, antes pertencente à Bolívia e ao Peru, foi aos poucos sendo ocupado por brasileiros. Os imigrantes avançaram pelas vias hidrográficas do rio Acre, Alto-Purus e Alto-Juruá, o que aumentou a população de local de brancos em cerca de quatro vezes em um ano".

outras obras tendentes a melhorar as comunicações e desenvolver o comércio entre os dois países".

O Território do Acre foi organizado pelo Decreto nº 5.188/1904, tendo em vista a autorização concedida pelo DL nº 1.181/1904, e assim permaneceu até a edição, da Lei nº 4.070/1962, sancionada pelo Presidente da República João Goulart, que o elevou à categoria de Estado.

Posteriormente, sob o fundamento do art. 6º da Carta de 1937 – "a União poderá criar, no interesse da defesa nacional, com partes desmembradas dos Estados, Territórios Federais, cuja administração será regulada em Lei especial" – e durante a 2ª Grande Guerra, Getúlio Vargas, pelos Decretos-lei nº 4.102/1942 e 5.812/1943, criou, com partes desmembradas dos Estados do Pará, do Amazonas, de Mato Grosso, do Paraná e de Santa Catarina, os seguintes Territórios Federais:

• Fernando de Noronha: extinto nos termos do art. 15, do ADCT, da CF/1988, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco. Atualmente, conforme estudaremos a seguir, o arquipélago é um distrito estadual;

• Amapá: transformado no Estado do Amapá pelo art. 14, do ADCT, da CF/1988, mantidos seus limites geográficos;

• Rio Branco: a Lei nº 4.182/1962 passou a denominá-lo Território Federal de Roraima. Foi transformado no Estado de Roraima pelo art. 14, do ADCT, da CF/1988, mantidos seus limites geográficos;

• Guaporé: a Lei nº 2.731/1956, em homenagem ao sertanista Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, mudou a denominação do Território Federal do Guaporé para Território Federal de Rondônia. A LC nº 41/1981, por sua vez, criou o Estado de Rondônia, mediante a elevação do então Território Federal, mantidos os seus limites e confrontações;

• Ponta Porã: o art. 8º, do ADCT, da Constituição de 1946 determinou a sua reincorporação ao então Estado de Mato Grosso. Atualmente, a área encontra-se no Estado de Mato Grosso do Sul (criado por desmembramento de Mato Grosso pela LC nº 31/1977);

• Iguaçu: o art. 8º, do ADCT, da CF/1946 determinou a sua reincorporação aos Estados do Paraná e de Santa Catarina.

7.8.2 Natureza jurídica

Apesar de ter personalidade, o território não é dotado de autonomia política. Trata-se de mera descentralização administrativo-territorial da União, qual seja, uma autarquia que, consoante expressamente previsto no art. 18, § 2º, da CF/1988, integra a União.

7.8.3 Ainda existem territórios no Brasil?

Não.

Conforme estudamos, até o advento da Constituição de 1988 havia três territórios: Roraima, Amapá e Fernando de Noronha:

Roraima: foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, caput, do ADCT;

Amapá: também foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, caput, do ADCT;

Fernando de Noronha: foi extinto, sendo a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15, do ADCT, da CF/1988).

7.8.4 Mas, afinal de contas, o que é Fernando de Noronha?

Dizer, nos termos do art. 15, do ADCT, que sua área foi reincorporada ao Estado de Pernambuco não é suficiente. Então, expliquemos melhor a matéria.

De acordo com o art. 96 da CE-PE, o Arquipélago de Fernando de Noronha constitui região geoeconômica, social e cultural do Estado de Pernambuco, sob a forma de Distrito Estadual, dotado de estatuto próprio, com autonomia administrativa e financeira.

Já o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 11.304/1995-PE, caracteriza o Distrito Estadual de Fernando de Noronha como uma entidade autárquica integrante do Poder Executivo Estadual, exercendo, sobre toda a extensão da área territorial do Arquipélago de Fernando de Noronha, jurisdição plena atribuída às competências estadual e municipal, bem como os poderes administrativos e de polícia próprios de ente público.

O Distrito Estadual tem por sede o Palácio São Miguel, situado na Vila dos Remédios, na Ilha de Fernando de Noronha, e por foro a Comarca do Recife, tendo por competência prover a tudo quanto respeita ao seu interesse e ao bem-estar da população insular.

O § 1º do art. 96 da CE-PE determina que o Distrito Estadual de Fernando de Noronha será dirigido por um Administrador-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, com prévia aprovação da Assembleia Legislativa, e o § 2º estabelece a eleição direta, pelo voto secreto, concomitantemente com a eleição de Governador de Estado, pelos cidadãos residentes no Arquipélago, de 7 Conselheiros, com mandato de 4 anos, para formação do Conselho Distrital, órgão que terá funções consultivas e de fiscalização, na forma, da Lei.

Muito embora Fernando de Noronha atualmente seja um Distrito Estadual, o art. 96, § 3º, da CE-PE prevê a sua transformação em Município quando alcançar os requisitos e as exigências mínimas, previstos em Lei Complementar estadual.

7.8.5 Apesar de não existirem, podem vir a ser criados novos territórios?

Sim.

Como vimos, o Poder Constituinte de 1988 transformou dois territórios em Estados e extinguiu o terceiro, ainda existentes em 1988.

Apesar disso, é perfeitamente possível a criação de novos territórios federais, que, com certeza, continuarão a ser mera autarquia, sem qualquer autonomia capaz de lhes atribuir a característica de entes federados. O processo de criação dar-se-á da seguinte forma:

• Lei Complementar: a criação de novos territórios dar-se-á mediante Lei Complementar, conforme o art. 18, § 2º, da CF/1988;

• plebiscito: deve haver plebiscito aprovando a criação do território;

• modo de criação: o art. 18, § 3º, da CF/1988 dispõe que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexar a outros, ou formar Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por Lei Complementar.

7.8.6 Outras características importantes

Algumas outras regras devem também ser lembradas:

• Lei Federal: de acordo com o art. 33, caput, da CF/1988, Lei Federal disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios;

• divisão em municípios: ao contrário do que ocorre com o Distrito Federal, o art. 33, § 1º, da CF/1988, prevê a possibilidade de os Territórios, quando criados, serem divididos em Municípios, aos quais serão aplicadas as regras dos art. 29 ao art. 31, da CF/1988;

• Executivo: a direção dos Territórios, se criados, dar-se-á por Governador, nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (art. 84, XIV, da CF/1988);

• Legislativo (CN): nos termos do art. 45, § 2º,da CF/1988, cada Território elegerá o número fixo de 4 deputados federais, caracterizando-se, assim, exceção ao princípio proporcional para a eleição de deputados federais, ou seja, não existirá variação do número de representantes da população local dos Territórios;

• controle das contas: a fiscalização das contas do governo do Território caberá ao Congresso Nacional, após o parecer prévio do Tribunal de Contas da União (art. 33, § 2º, da CF/1988);

• Judiciário, Ministério Público e defensores públicos federais: nos Territórios Federais com mais de 100 mil habitantes, além do Governador nomeado na forma da Constituição (art. 84, XIV, da CF/1988), haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais, organizados e mantidos pela União (art. 33, § 3º, c/c o art. 21, XIII, da CF/1988). Ainda, nos termos do art. 110, parágrafo

único, da CF/1988, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais (Justiça Federal Comum) caberão aos juízes da justiça local, na forma, da Lei;

• Polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros militar dos Territórios federais: muito embora os Territórios sejam uma descentralização administrativa da União, integrando-a, a EC nº 19/1998, alterando a redação do art. 21, XIV, da CF/1988, situação essa inalterada pela EC nº 104/2019 (Reforma da Previdência), não mais atribuiu à União a organização e manutenção da polícia civil, militar e do corpo de bombeiros dos Territórios, endereçando referida regra exclusivamente ao Distrito Federal;

• Legislativo: a Lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa (art. 33, § 3º, da CF/1988);

• Sistema de ensino: organizado pela União, nos termos do art. 211, § 1º, da CF/1988.

7.9 Modelos de Repartição de Competências

A Constituição fixa, de maneira clara, a repartição de competências entre os entes federativos, que, conforme visto, são autônomos cada qual dentro de sua parcela de atribuições e capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação (com as especificidades já apontadas, sobretudo em relação ao DF, cuja autonomia é parcialmente tutelada pela União).

As atribuições estão estabelecidas pelo constituinte originário e, em tese, poderiam ser objeto de modificação (por emenda), desde que a novidade, a ser introduzida, não violasse a forma federativa de Estado, bem como as demais cláusulas pétreas.

Portanto, teoricamente, para se ter um exemplo, seria possível que determinada emenda transferisse a competência para legislar sobre direito penal, que hoje é reservada à União (art. 22, I, da CF/1988), para os Estados, apesar de críticas que possam surgir nesse sentido. Parece-nos que, no exemplo citado, haveria, inclusive, fortalecimento da autonomia federativa estadual. A questão fica, então, dentro de um campo de conveniência política.

Pois bem, essa repartição de competências dá-se de acordo com alguns modelos, segundo a doutrina.

7.9.1 Modelo clássico e modelo moderno

No direito comparado houve a formulação tanto de um modelo clássico como de um modelo moderno, tendo como parâmetro a enumeração ou não das atribuições. Vamos a eles.

7.9.1.1 Modelo clássico

O modelo clássico busca a sua fonte na Constituição norte-americana de 1787, refletindo aspirações do final do século XVIII.

Conforme esse modelo, compete à União exercer os poderes enumerados e aos Estados, os poderes não especificados, em um campo residual.

Como bem anota Paulo Branco,[61] o rigorismo da enunciação taxativa é flexibilizado pela doutrina dos poderes implícitos.

Isso porque, nas palavras de Raul Machado Horta, "o sentido premonitório do Constituinte de Filadélfia resguardou o desenvolvimento dos poderes enumerados quando reconheceu expressamente ao Congresso a competência "para elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao governo dos Estados Unidos ou aos seus departamentos ou funcionários" [...] a famosa cláusula dos poderes implícitos, que na Corte Suprema Norte-Americana converteu no fundamento de dilatadora construção constitucional na via judicial".[62]

7.9.1.2 Modelo moderno

O modelo moderno, por sua vez, passou a ser verificado após a Primeira Guerra Mundial, estando descritas nas Constituições não somente as atribuições exclusivas da União, como, também, as hipóteses de competência comum ou concorrente entre a União e os Estados.

Para Paulo Branco, "o chamado modelo moderno responde às contingências da crescente complexidade da vida social, exigindo ação dirigente e unificada do Estado, em especial para enfrentar as crises sociais e guerras".[63]

7.9.2 Modelo horizontal e modelo vertical

Outra classificação, segundo a doutrina, leva em conta não a enumeração das atribuições, mas, partindo delas, se haverá ou não condomínio entre os entes federativos para a sua realização e, assim, vislumbrando tanto um modelo horizontal como um modelo vertical.

7.9.2.1 Modelo horizontal

---

[61] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

[62] HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional*.

[63] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

No modelo horizontal não se verifica concorrência entre os entes federativos. Cada qual exerce a sua atribuição nos limites fixados pela Constituição e sem relação de subordinação, nem mesmo hierárquica.

Ensina Paulo Branco que "esse modelo apresenta três soluções possíveis para o desafio da distribuição de poderes entre órbitas do Estado Federal. Uma delas efetua a enumeração exaustiva da competência de cada esfera da Federação; outra, discrimina a competência da União deixando aos Estados-membros os poderes reservados (ou não enumerados); a última discrimina os poderes dos Estados-membros, deixando o que restar para a União".[64]

No Brasil predomina o modelo horizontal, nos termos dos art. 21, art. 22, art. 23, art. 25 e art. 30.

7.9.2.2 Modelo vertical

No modelo vertical, por sua vez, a mesma matéria é partilhada entre os diferentes entes federativos, havendo, contudo, certa relação de subordinação no que tange à atuação deles.

Em se tratando de competência legislativa, geralmente a União fica com normas gerais e princípios, enquanto os Estados, completando-as, legislam para atender às suas peculiaridades, tratando de matérias de interesse regional. Os Municípios, por sua vez, legislam sobre interesse local.

O modelo vertical pode ser caracterizado, na lição de Paulo Branco, como uma técnica que estabelece "um verdadeiro condomínio legislativo entre a União e os Estados-membros".[65]

Como exemplo de modelo vertical, no Brasil, podemos citar as matérias de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, estabelecidas no art. 24, da CF/1988.

Vimos que, no âmbito da competência legislativa concorrente, a União limita-se a estabelecer normas gerais e os Estados, normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, os Estados poderão suplementá-la, regulamentando as regras gerais sobre o assunto. O exemplo do amianto, analisado no item 7.11.1, é bastante interessante para a compreensão dessa regra constitucional.

Finalmente, constata-se que no modelo vertical há uma maior aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em complemento, em "condomínio legislativo". Já no modelo horizontal, parece haver um maior afastamento, na medida em que a distribuição de competência se mostra bastante rígida e sem interferência de um sobre outro.

---

[64] *Ibid.*

[65] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

7.10 Quadro ilustrativo da competência legislativa constitucional – Alguns precedentes do STF

O objetivo desta parte do estudo é indicar algumas interpretações fixadas pelo STF em relação ao modelo constitucional de repartição de competências.

Não se pode falar em hierarquia de atos normativos. Existem campos de atribuição, definidos pelo constituinte originário. Não se pode afirmar, por exemplo, que a Lei municipal é hierarquicamente inferior a certa Lei Federal. No fundo, o que se tem são campos de atuação e, portanto, se, eventualmente, determinado Município legisla sobre assunto de competência da União, o vício não é legislativo (entre as leis), mas, em essência, constitucional, ou seja, em relação à competência federativa para legislar sobre aquele assunto.

Por esse motivo é que, de maneira coerente, a EC nº 45/2004 estabeleceu que cabe recurso extraordinário para o STF quando, nos termos do art. 102, III, "d", da CF/1988, se julgar válida Lei local contestada em face de Lei Federal. O vício que eventualmente a Lei conterá será formal orgânico, ou seja, em relação ao ente federativo que deveria legislar sobre aquela matéria (cf. item 6.3.2.1).

Para efeito de estudo e preparação para provas e concursos, na medida em que esse tema tem uma incidência muito grande, pedimos seja feita a leitura atenta das interpretações já realizadas pelo STF em relação à competência federativa para legislar.

7.11 Amianto e Tabaco

Resolvemos destacar esses temas pois apresentam ampla discussão teórica no âmbito do STF, podendo servir para um estudo aprofundado.

7.11.1 Amianto

Na tentativa de proteção à saúde, várias leis, sejam estaduais, sejam municipais, proibiram o uso do amianto, que é utilizado em alguns produtos, como nas tubulações, telhas, caixas-d"água, mangueiras, papéis, papelões etc.

O problema é que o art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/1995 (Decreto nº 2.350/1997) admitia o seu uso controlado, limitando-o à variedade crisotila (asbesto branco).

Dessa forma, o que se sustentava é que as leis estaduais e municipais que proibiam o amianto sem qualquer exceção estariam violando a regra geral, da Lei Federal que o admitia,

por se tratar de matéria de competência concorrente e, assim, a violar o disposto no art. 24, § 1º ao § 4º, da CF/1988.

Algumas ações, inicialmente, foram julgadas procedentes, declarando a inconstitucionalidade formal orgânica das leis estaduais ou municipais, sob o argumento de que referidos entes federativos não poderiam violar a regra geral já estabelecida pela Lei Federal. Vamos a elas:

• ADI 2.396 – 2003: o STF entendeu que o Estado de Mato Grosso do Sul não poderia proibir o uso do amianto (Lei nº 2.210/2001-MS), já que a competência para legislar sobre o assunto é concorrente e existe a Lei Federal admitindo-o – art. 24, V, VI e XII, da CF/1988;

• ADI 2.656 – 2003: no mesmo sentido, a Suprema Corte entendeu que a Lei paulista (Lei nº 10.813/2001) não poderia ter disciplinado o assunto, violando tanto os citados incisos do art. 24 como, ainda, os art. 20, IX, e art. 22, VIII e XII, da CF/1988;

Essas vinham sendo as decisões do STF, a maioria no sentido de se tratar de competência concorrente (art. 24, V – produção e consumo; VI – meio ambiente e poluição; XII – proteção e defesa da saúde, da CF/1988).

Assim, teoricamente, conforme decidiu a Corte, havendo a Lei Federal, os Estados só poderiam legislar suplementando-a, porém, nunca contrariando ou negando o dispositivo. Se a Lei Federal admite de modo restrito o uso do amianto, teoricamente, a Lei Estadual ou municipal não poderia proibi-lo totalmente.

Algumas decisões lembraram o art. 20, IX, da CF/1988 (os recursos minerais como bens da União), e a competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII, da CF/1988) e sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII, da CF/1988).

Conforme já estudamos no capítulo 6, a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado não atinge o Poder Legislativo na sua função típica de legislar (sob pena de "fossilização" da Constituição, cf. item 6.7.1.8). Desta forma, este poderá editar uma Lei com conteúdo idêntico àquela que já fora objeto de ADI. Diante desse entendimento, vários Estados e alguns municípios editaram leis proibindo, mais uma vez, o uso do amianto. Em face dessas leis, novas ações de controle foram ajuizadas. Vejamos:

• ADI 3.356 – ajuizada em 2004, tem por objeto a Lei nº 12.589/2004, do Estado de Pernambuco, que proibiu o amianto;

• ADI 3.357 – ajuizada em 2004, tem por objeto a Lei nº 11.643/2001, do Estado do Rio Grande do Sul, que proibiu o amianto;

• ADI 3.406 – ajuizada em 2005, tem por objeto a Lei nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que proibiu a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da federação, estabelecendo, ainda, a progressiva substituição da produção e da comercialização de produtos que contivessem amianto;

• ADI 3.470 – ajuizada em 2005, tendo o mesmo objeto da ADI 3.406 e, por isso, distribuída por prevenção;

• ADI 3.937 – ajuizada em 2007, tem por objeto a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proibiu o amianto;

• ADPF 109 – ajuizada em 2007, tem por objeto a Lei nº 13.113/2001 e o Decreto nº 41.788/2002, ambos do Município de São Paulo, que proibiu a utilização do amianto na construção civil.

O STF, novamente provocado para a análise dos atos normativos estaduais, muito embora naquele momento pendente a apreciação, da Lei Federal, já que ainda não havia sido julgada a ADI 4.066, sinalizava uma inegável mudança de entendimento em relação ao tema, passando a admitir a sua proibição por leis estaduais e municipais.

No sentido da constitucionalidade das legislações mais protetivas que proíbem o amianto, alguns argumentos eram sustentados:

• Convenção 162 da OIT: assinada pelo Brasil, recomenda a não pulverização do amianto, desestimulando o seu uso. Por ter, segundo interpretou o STF, natureza supralegal (destacando-se o princípio da prevalência dos direitos humanos, art. 4º, II, da CF/1988 – cf. item 9.14.5.2.3), paralisaria a eficácia, da Lei Federal, permitindo, então, que o Estado legislasse de modo pleno (art. 24, § 3º, da CF/1988);

• preceito constitucional do direito à saúde: alguns Ministros concluíram que a utilização do amianto traz riscos à saúde (sustentando, inclusive, o risco de câncer), e, assim, apesar de haver Lei Federal admitindo o seu uso controlado, a Lei Estadual seria mais protetiva e, portanto, em uma ponderação de interesses, prevaleceria a proteção à saúde (art. 6º, caput e 196 da CF/1988). Nesse sentido, o art. 7º, XXII, da CF/1988 estabelece ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

• princípios gerais da atividade econômica (consumidor e meio ambiente): as legislações estaduais, mais protetivas, dentro da ideia de ponderação, amoldam-se melhor aos princípios da defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, V e VI, da CF/1988);

• meio ambiente ecologicamente equilibrado: nos termos do art. 225, caput, da CF/1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Cabe lembrar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/1988). Dessa forma, a legislação que proíbe a utilização de amianto se conforma melhor à Constituição.

O Min. Ayres Britto, em voto proferido sobre o tema, chegou a sustentar essa perspectiva: “Lei Estadual que, ao proibir a comercialização de produtos à base de amianto,

cumpre muito mais a Constituição da República no plano da proteção da saúde (evitar riscos à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente). Quero dizer: a legislação estadual é que está muito mais próxima do sumo princípio da eficacidade máxima da Constituição em tema de direitos fundamentais. Tão mais próxima da Convenção da OIT, acresça-se, quanto o diploma federal dela se distancia" (voto proferido nas ADIs 3.937 e 3.357, em 2012).

Em 2016, em julgamento conjunto de todas as ações citadas (ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109), o Min. Fachin entendeu possíveis as restrições implementadas pelas leis estaduais e municipal. Ao analisar o federalismo cooperativo, sustentou que não se deve apenas considerar a ideia de predominância de interesses, devendo-se observar a subsidiariedade e a proporcionalidade.

Conforme expressa, "de acordo com a primeira (subsidiariedade), o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. Já de acordo com a segunda (proporcionalidade), é preciso sempre respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins. A proporcionalidade poderia ser utilizada, portanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência de nítida orientação constitucional. O teste de razoabilidade, por sua vez, exigiria o exame das razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consistiria, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou por motivos que não poderiam ter sido considerados. Interpretando, pois, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado numa presunção de autonomia em favor dos entes menores (*presumption against preemption*), para a edição de leis que resguardem seus interesses" (Inf. 848/STF, pendente o julgamento dos embargos de declaração).

Portanto, a permissão estabelecida pela Lei Federal não impediria a proibição pelos demais entes federativos, já que mais protetiva em termos de proteção à saúde e ao meio ambiente.

Essa perspectiva lançada pelo Min. Fachin, contudo, não ficou totalmente definida pelo STF, pois, como se verá, a solução adotada foi mais simples, aplicando-se o art. 24, § 3º, da CF/1988, já que se reconheceu a inconstitucionalidade, da Lei Federal. As perspectivas lançadas devem ser acompanhadas em eventuais novos pronunciamentos da Corte, neste enfrentamento entre o âmbito de atuação, da Lei Federal e o "espaço" de atuação dos demais entes federativos.

• Solução da questão dada pelo STF

O STF, em 2017, julgou a ADI 4.066, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do

Trabalho (Anamatra), tendo por objeto o art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/1995, que admitia o uso controlado do amianto (variedade crisotila – asbesto branco).

Dentro das perspectivas anteriores, a Min. Relatora, Rosa Weber, propôs a seguinte tese: "a tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, é incompatível com os art. 7º, XXII, art. 196 e art. 225, da CF/1988".

Contudo, na medida em que o Tribunal computou 5 votos pela procedência da ação e 4 pela improcedência, e, assim, não se atingiu o *quorum* exigido pelo art. 97, da CF/1988 (maioria absoluta, ou seja, no mínimo 6), deixou de se pronunciar a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante (não votaram os Min. Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, que se declararam impedidos).

Na mesma data, o STF, analisando a Lei do Estado de São Paulo que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual, julgou improcedente o pedido formulado na ADI 3.937, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995.

O reconhecimento, mesmo que incidental, da inconstitucionalidade, da Lei Federal permitiu a declaração de validade, da Lei Estadual nos termos do art. 24, § 3º, da CF/1988 (competência legislativa plena estadual em razão de inexistência de Lei Federal, nulificada).

Segundo afirmou a Corte, estamos diante de inconstitucionalidade material superveniente, da Lei Federal, em razão de processo de inconstitucionalização que se operou nesses 22 anos de sua vigência, tendo em vista a mudança do substrato fático da norma. Veja: "a discussão em torno da eventual necessidade de banimento do amianto é diferente da que havia quando da edição da norma geral. Se, antes, tinha-se notícia de possíveis danos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da substância, hoje há consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma segura. Além disso, atualmente, o amianto pode ser substituído por outros materiais (fibras de PVA e PP), sem propriedade carcinogênica e recomendados pela Anvisa" (Inf. 874/STF, cf. item 6.1.5).

Assim, inexistindo Lei Federal sobre normas gerais, já que o STF declarou, mesmo que incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Na medida em que a Lei Estadual em análise não incide no mesmo vício que a Lei Federal nulificada, o STF pronunciou a constitucionalidade, da Lei Estadual e, assim, julgou improcedente a ADI.

Naturalmente, se o Congresso Nacional resolver legislar novamente – e isso seria possível, a eventual superveniência de Lei Federal sobre a matéria suspenderia, em tese, a eficácia, da Lei Estadual, no que lhe fosse contrário, até eventual nova nulificação pela Corte, o que também seria esperado.

Em momento seguinte, ao analisar a Lei nº 3.579/2001-RJ, o STF não apenas manteve o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, da Lei Federal, como, ampliando, deu efeito vinculante e *erga omnes* a essa declaração e, assim, julgou improcedente o pedido formulado na ADI, reconhecendo a constitucionalidade, da Lei Estadual (ADIs 3.406 e 3.470, j. 2017, DJE de 2019, tendo sido opostos embargos de declaração – pendentes).

Em relação a essa técnica interessante de declaração incidental de inconstitucionalidade em processo objetivo, remetemos o nosso estudioso leitor para a leitura dos itens 6.6.5.4 e 6.6.5.5, lembrando que, em 2017, a Min. Rosa Weber deferiu, "forte no poder geral de cautela e nos moldes dos art. 297, art. 932, II, art. 995, parágrafo único, e art. 1.026, § 1º, do CPC, o pedido de tutela de urgência para suspender, em parte, os efeitos da decisão, apenas no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, até a publicação do acórdão respetivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração" (pendente essa questão no momento de fechamento desta edição).

No tocante à matéria de fundo, não havendo mais a abertura expressa que o art. 2º, da Lei nº 9.055/1995 estabelecia para uma modalidade específica de amianto (asbesto branco), possibilitou-se aos Estados avançarem a proteção: "ao impor um nível de proteção mínima a ser observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995 não pode ser interpretada como obstáculo à maximização dessa proteção, conforme escolha dos Estados, individualmente considerados. A proibição progressiva encartada na legislação estadual em apreço está alinhada à diretriz norteadora e à teleologia do regime previsto na Lei nº 9.055/1995" (Inf. 886/STF).

Finalmente, em relação ao tema do amianto, em 2017, o STF julgou outras 3 ações. Partindo da premissa de que o art. 2º, da Lei nº 9.055/1995, que permitia o uso de uma variedade do amianto, era inconstitucional, preservou e manteve todas as leis (dos Estados de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, além da do Município de São Paulo) que proibiam integralmente o seu uso (ADI 3.356, ADI 3.357 e ADPF 109).

7.11.2 Tabaco

Quem já não escutou falar de Paris (ou já teve a feliz oportunidade de lá estar), o seu glamour, os seus cafés, a sua arte, a sua cultura, o extraordinário Louvre, os impressionistas do D"Orsay, a "monstruosa" igreja de Notre-Dame, a grandiosidade e a vista da Sacré-Couer, as praças, a Champs-Élysées (e o Arc de Triomphe), fazer um picnic aos pés da maravilhosa

Torre Eiffel, o romantismo, o charme dos cafés. Poderíamos ficar aqui por horas falando sobre a encantadora Paris...[66]

Pois bem, até Paris "surpreendeu" o mundo ao apresentar ampla aceitação, da Lei que proibiu o tabaco em bares, restaurantes, discotecas e cassinos do país a partir de janeiro de 2008.

Nesse sentido, no Brasil, algumas leis, sejam estaduais, sejam municipais, estão proibindo o uso do tabaco e sendo questionadas no STF:

• ADI 4.239 – 2009: tinha por objeto a Lei Antifumo do Estado de São Paulo (Lei nº 13.541/2009). A Min. Ellen Gracie arquivou-a, por entender que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional), que ajuizou a ação, não se enquadrava no conceito de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CF/1988). A análise foi apenas formal e não sobre o mérito da questão;

• ADI 4.249 – 2009: também tinha por objeto a Lei paulista. Foi ajuizada pela Confederação Nacional do Turismo (CNTUR), alegando, dentre outros argumentos, o fato de o Estado não poder extrapolar a Lei Federal que já disciplinava o assunto. A AGU, em sua manifestação, alegou que a Assembleia Legislativa ultrapassou sua competência na medida em que tratou de regras gerais que já estavam na Lei Federal. À época, o parecer foi dado pelo hoje Min. Dias Toffoli (que era o AGU) e, assim, certamente, impedido de votar. O parecer da PGR foi pela improcedência e, portanto, constitucionalidade, da Lei Estadual. Em 2019, conforme se observa abaixo, o Min. Celso de Mello julgou prejudicada a referida ação por perda superveniente de seu objeto (DJE de 2019);

• ADI 4.353 – 2009: questiona a Lei paranaense nº 16.239/2009, que proíbe o fumo em ambientes coletivos públicos ou privados em todo o Estado do Paraná, tendo sido ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). Em 2009, a Min. Ellen Gracie, relatora, determinou o seu apensamento à ADI 4.351, por possuírem o mesmo objeto e, assim, a sua tramitação conjunta (matéria pendente de julgamento pelo STF).

No caso do julgamento da ADI 4.249, a Lei Estadual, objeto da ação, trazia regra mais protetiva em relação à Lei Federal que delimitava o assunto, autorizando o fumódromo "em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente" (art. 2º, da Lei Federal nº 9.294/1996). A restrição/proteção imposta pela legislação estadual, sem dúvida, melhor resguardava o princípio de proteção à saúde.

E o que aconteceu?

O art. 2º, da Lei Federal nº 9.294/1996 foi modificado, passando a não mais se permitir o fumódromo (Lei nº 12.546/2011).

---

[66] Amigo concurseiro, é por isso que dizemos... não desista dos sonhos. O momento é passageiro e vai dar certo. Tanta força de vontade vai valer a pena.

Diante dessa modificação, conforme entendeu o Min. Celso de Mello, muito embora pudesse ter a Lei Estadual tratado do assunto na vigência da redação original, da Lei nº 9.294/1996, a superveniência, da Lei Federal nº 12.546/2011 cessou a eficácia, da Lei Estadual objeto da ADI (a União tratou de regra geral). Assim, sua Excelência, monocraticamente, julgou prejudicada a referida ADI, por perda superveniente de seu objeto (ADI 4.249, j. 2019).

Essa será a mesma questão a ser travada no julgamento da ADI 4.353 (pendente).

A discussão travada no caso do amianto poderá orientar a solução a ser dada para a proibição do fumo (não estamos sustentando uma proibição ao direito individual e isolado de fumar – esse é um outro problema, um caso de saúde pública, mas em relação ao fumo em lugares públicos, como é o caso das legislações em análise).

Além disso, o Brasil é signatário da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (Decreto nº 5.658/2006), que desestimula o seu uso, o que poderia levar ao entendimento de que essa prescrição teria paralisado a eficácia, da Lei Federal se menos restritiva, no sentido da sua natureza de supralegalidade. Inexistindo Lei Federal sobre norma geral, já que a questão envolvendo o fumo, assim como a problemática do amianto, é de competência concorrente (art. 24, V, VI e XII, da CF/1988), os Estados exerceriam a sua competência legislativa plena (art. 24, § 3º, da CF/1988), de maneira muito mais drástica.

O tabagismo caracteriza-se, na atualidade, como a principal causa de morte evitável e, portanto, indiscutível o dever de todos os entes federativos de proteger a saúde e, assim, combater o fumo, que, quando consumido, introduz no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, destacando-se a nicotina (responsável pela combatida e famigerada dependência química), o monóxido de carbono (gás) e o alcatrão (que contém substâncias pré-cancerígenas), sem contar a problemática do fumante passivo.

7.12 Intervenção

Como já tivemos oportunidade de alertar, o art. 18, caput, da CF/1988 preceitua que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição Federal.

No entanto, excepcionalmente, a Constituição Federal prevê situações (de anormalidade) em que haverá intervenção, suprimindo-se, temporariamente, a aludida autonomia. As hipóteses, por trazerem regras de anormalidade e exceção, devem ser interpretadas restritivamente, consubstanciando-se um rol taxativo, *numerus clausus*.

A regra da intervenção seguirá o seguinte esquema:

• Intervenção federal: União nos Estados, Distrito Federal (hipóteses do art. 34, da CF/1988) e nos Municípios localizados em território federal (hipótese do art. 35, da CF/1988);

• Intervenção estadual: Estados em seus Municípios (art. 35, da CF/1988).

Conforme observa Humberto Peña de Moraes, sendo "instituto típico da estrutura do Estado Federal, repousa a intervenção no afastamento temporário da atuação autônoma da entidade federativa sobre a qual a mesma se projeta".[67]

7.12.1 Intervenção federal

7.12.1.1 Hipóteses de intervenção federal

As hipóteses de intervenção federal (e quando dizemos intervenção federal significa intervenção realizada pela União)[68] nos Estados e no Distrito Federal estão taxativamente previstas no art. 34, da CF/1988 sendo cabíveis para:

• manter a integridade nacional;

• repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

• pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

• garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

• reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada[69] por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

• prover a execução de Lei Federal, ordem ou decisão judicial;

• assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.[70]

---

[67] MORAES, Guilherme Peña de: *Do processo interventivo no contorno do estado federal.*

[68] Interessante a observação de Michel Temer, que diz: "na verdade, quando a União intervém em dado Estado, todos os Estados estão intervindo conjuntamente; a União age, no caso, em nome da Federação" (TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional*).

[69] Nos termos do art. 98, da Lei nº 4.320/1964, "a dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos". Trata-se, assim, de passivo financeiro.

[70] Conforme já alertamos, o art. 34, VII, "e", da CF/1988 tinha sido acrescentada pela EC nº 14/1996. Sua redação, contudo, foi alterada pela EC nº 29/2000, fazendo constar que a aplicação do mínimo exigido não se restringirá à manutenção e desenvolvimento do ensino, mas abrangerá também as ações e serviços públicos de saúde, sendo os recursos mínimos para esta última, até o exercício de 2004, fixados de acordo com o art. 77 do ADCT (acrescentado pela referida emenda). A partir do exercício financeiro de 2005, os recursos mínimos

As hipóteses de intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais serão estudadas quando tratarmos da intervenção estadual, prevista no art. 35, da CF/1988.

7.12.1.2 Espécies de intervenção federal

• espontânea: nesse caso o Presidente da República age de ofício art. 34, I, II, III e V, da CF/1988;

• provocada por solicitação: art. 34, IV, c/c o art. 36, I, primeira parte, da CF/1988, quando coação ou impedimento recaírem sobre o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, impedindo o livre exercício dos aludidos Poderes nas unidades da Federação, a decretação da intervenção federal, pelo Presidente da República, dependerá de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido;

• provocada por requisição: a) art. 34, IV, c/c o art. 36, I, segunda parte, da CF/1988, se a coação for exercida contra o poder judiciário, a decretação da intervenção federal dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal; b) art. 34, VI, segunda parte, c/c o art. 36, II, da CF/1988, no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial, a decretação dependerá de requisição do STF, do STJ ou do TSE, de acordo com a matéria;

Exemplo interessante de pedido de intervenção por descumprimento de decisão judicial seria aquele decorrente do não pagamento de precatórios e que vem sendo frustrado em razão de jurisprudência estabelecida pelo STF no sentido de haver necessidade de se tratar de descumprimento voluntário e intencional e haver recursos financeiros (cf. discussão no item 11.12.11).

• provocada, dependendo de provimento de representação: a) art. 34, VII, c/c o art. 36, III, primeira parte, da CF/1988, no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 34, VII, da CF/1988, a intervenção federal dependerá de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República (representação interventiva, conforme expusemos no capítulo sobre controle, item 6.7.5.2); b) art. 34, VI, primeira parte, c/c o art. 36, III, segunda parte, da CF/1988, para prover a execução de Lei Federal (pressupondo ter havido recusa à execução de Lei Federal), a intervenção dependerá de

---

deveriam ser fixados por Lei complementar, nos termos do art. 198, § 3º, da CF/1988 (acrescentado pela EC nº 29/2000). De acordo com o art. 77, § 4º, do ADCT. na ausência da referida Lei complementar, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-iam à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as regras fixadas no citado art. 77 do ADCT. Essa situação perdurou até o advento da LC nº 141/2012, que, além de outras providências, regulamentou o art. 198, § 3º, da CF/1988 para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e estabeleceu os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo. Finalmente, a EC nº 95/2016, que instituiu o "Novo Regime Fiscal" no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União (e deixamos claro que a regra vale apenas no âmbito da União), buscando o equilíbrio das contas públicas, e que vigorará por 20 exercícios financeiros, nos termos dos art. 107 ao art. 114 do ADCT. alterou o critério de cálculo dos gastos mínimos com as ações e serviços públicos de saúde e a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 110, ADCT).

provimento de representação do procurador-Geral da República pelo STF (EC nº 45/2004) (trata-se, também, de representação interventiva, regulamentada pela Lei nº 12.562/2011 e com as explicitações nos itens 6.7.5.2.5 e 6.7.5.2.7 deste trabalho).

Quanto a esta última hipótese, Humberto Peña de Moraes observa: "insista-se, por oportuno, que a *actio vertente* não busca a alcançar oportuna declaração de inconstitucionalidade – fim a que se propõe a ação direta de inconstitucionalidade interventiva – com vista a possível intervenção, mas sim a garantir, ocorrendo recusa por parte de Estado ou do Distrito Federal e julgada procedente a pretensão pela Excelsa Corte, a execução de Lei Federal, sob pena, é óbvio, da prática interventiva. A intervenção para execução de Lei Federal só deve ser havida por lícita, insta observar, quando não existir outro tipo de ação aparelhada para a solução da *quaestio juris*".[71]

Na hipótese de solicitação pelo Executivo ou Legislativo, o Presidente da República não estará obrigado a intervir, possuindo discricionariedade para convencer-se da conveniência e oportunidade. Por outro lado, havendo requisição do Judiciário, não sendo o caso de suspensão da execução do ato impugnado (art. 36, § 3º, da CF/1988), o Presidente da República estará vinculado e deverá decretar a intervenção federal, sob pena de responsabilização.

7.12.1.3 Decretação e execução da intervenção federal e a oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional

Compete privativamente ao Presidente da República decretar e executar a intervenção federal (art. 84, X, da CF/1988) de forma espontânea ou mediante provocação.

Referida intervenção materializa-se por Decreto presidencial de intervenção que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, devendo ser submetido ao posterior controle político do Congresso Nacional no prazo de 24 horas, sendo que, se este não estiver funcionando, será feita convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas, pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6º, I, da CF/1988).

A Constituição ainda prevê a oitiva dos órgãos superiores de consulta do Presidente da República, quais sejam, o Conselho da República (art. 90, I, da CF/1988) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, II, da CF/1988), mediante convocação do Presidente da República, que os presidirá (art. 84, XVIII, da CF/1988), sem haver qualquer vinculação do Chefe do Executivo aos aludidos pareceres, que serão meramente opinativos.

---

[71] MORAES, Guilherme Peña de: *Do processo interventivo no contorno do estado federal.*

Conforme se observa, compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre a intervenção federal (art. 90, I, da CF/1988) e ao Conselho de Defesa Nacional opinar sobre a sua decretação (art. 91, § 1º, II, da CF/1988). Apesar de não haver prescrição constitucional expressa sobre o momento das consultas, nem mesmo legal (Lei nº 8.041/1990 – Conselho da República e Lei nº 8.183/1991 – Conselho de Defesa Nacional), a grande maioria da doutrina entende que estas deverão ser prévias, pois não haveria sentido ouvir os órgãos de consulta depois de já implementada a medida.[72]

Surge, então, uma questão: poderia haver dispensa da oitiva dos Conselhos? Neste caso de dispensa em razão das circunstâncias específicas do caso, decretada a intervenção, deveria haver necessariamente a posterior consulta aos referidos órgãos superiores?

Conforme vimos, a regra é a oitiva prévia dos Conselhos. Contudo, em situações excepcionalíssimas, de extrema urgência, diante de justificativas próprias e decorrentes de circunstâncias específicas dos fatos – lembrando que os referidos pareceres são meramente opinativos –, pensamos ser possível a decretação da intervenção sem a oitiva dos Conselhos.

Neste caso de urgente decretação, contudo, para se respeitar o comando constitucional que estabelece a indispensabilidade da oitiva dos Conselhos, esta, necessariamente, deverá ser posterior e no menor prazo possível, até porque os pareceres a serem emitidos poderão reorientar o Decreto interventivo e, por que não, em momento seguinte, diante de novas situações fáticas que justifiquem, permitir a sustação da medida em nova apreciação política, sustentando-se aqui um contínuo controle político ao se fazer uma leitura ampliada da parte final do art. 49, IV, da CF/1988, tendo em vista a excepcionalidade do instituto.

A efetiva dispensa da oitiva dos Conselhos significaria a banalização da disposição constitucional, pois, do contrário, não teria sentido a sua previsão para essa finalidade específica nas situações de grave crise constitucional previstas na Constituição.

Nesse sentido, Paulo Branco sustenta: "não há por que, em caso de evidente urgência, exigir que a consulta seja prévia, já que as opiniões não são vinculantes e não perdem objeto nas intervenções que se prolongam no tempo, podendo mesmo sugerir rumos diversos dos que inicialmente adotados no ato de intervenção".[73]

Como se trata de tema novo, afinal a primeira intervenção federal ocorreu depois de quase 30 anos de vigência da atual Constituição e, no caso específico, com a posterior oitiva

---

[72] José Afonso da Silva vai além e sustenta que a intervenção federal dependerá do pronunciamento dos Conselhos, caracterizando-se, portanto, como verdadeiro controle prévio (SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição*.). Cabe observar que, em relação ao estado de defesa e ao estado de sítio, a Constituição é expressa ao estabelecer que a oitiva dos Conselhos será prévia (cf. art. 136, caput, e art. 137, caput, da CF/1988). Assim, por ter o constituinte originário aproximado referidos institutos, tanto é que o art. 60, § 1º, da CF/1988, identifica-os como limitações circunstanciais ao poder de reforma, parece razoável aplicar, por analogia, referida regra de oitiva prévia dos Conselhos também às hipóteses de decretação de intervenção federal.

[73] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional*.

dos Conselhos, depois de já publicado o Decreto interventivo (cf. item 7.12.1.6), devemos acompanhar a posição do STF no julgamento do MS 35.537 (impetrado em 2018) e da ADI 5.915 (ajuizada em 2018, foi julgada prejudicada em 2018, por perda superveniente do objeto, já que a intervenção no Estado do Rio de Janeiro atingiu o seu termo em 2018 – não tendo o STF analisado os vários pontos do procedimento, infelizmente).

7.12.1.4 Controle político exercido pelo Congresso Nacional

Nos termos do art. 36, § 1º e § 2º, da CF/1988, conforme visto acima, o Congresso Nacional (Legislativo) realizará controle político sobre o Decreto de intervenção expedido pelo Executivo no prazo de 24 horas, devendo ser feita, pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6º, I, da CF/1988), a convocação extraordinária, também no prazo de 24 horas, se a Casa Legislativa estiver em recesso parlamentar. Assim, nos termos do art. 49, IV, da CF/1988, o Congresso Nacional ou aprovará a intervenção federal, ou a rejeitará, sempre por meio de Decreto Legislativo, suspendendo a execução do Decreto interventivo nesta última hipótese. Parece possível também pensarmos a hipótese de suspensão parcial de alguma medida tomada pelo Presidente da República no Decreto interventivo.

Diferente da regra prevista para o controle político a ser exercido pelo Congresso Nacional nas hipóteses de decretação de estado de defesa (art. 136, § 4º, da CF/1988) e de estado de sítio (art. 137, parágrafo único, da CF/1988), que estabelecem o *quorum* da maioria absoluta, em relação à intervenção federal, como não há disposição específica, deverá prevalecer a regra geral, qual seja, o *quorum* de aprovação do projeto de Decreto Legislativo será por maioria simples, nos termos do art. 47, da CF/1988.

Em caso de rejeição pelo Congresso Nacional do Decreto interventivo, o Presidente da República deverá cessá-lo imediatamente, sob pena de cometer crime de responsabilidade (art. 85, II, da CF/1988 – atentado contra os Poderes constitucionais do Estado), passando o ato a ser inconstitucional.

Conforme visto no item anterior, dada a aproximação com os institutos do estado de defesa e do estado de sítio, parece recomendável a aplicação analógica do art. 140, da CF/1988, para se estabelecer o controle político não apenas imediato – logo após a decretação, como, também, pensamos, concomitante, devendo ser designada comissão para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes à intervenção federal.

7.12.1.4.1 Hipóteses em que o controle exercido pelo Congresso Nacional é dispensado

Como regra geral, o Decreto interventivo deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional (controle político). Excepcionalmente, a Constituição (art. 36, § 3º, da CF/1988) dispensa a aludida apreciação, sendo que o Decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. As hipóteses em que o controle político é dispensado são as seguintes:

• art. 34, VI, da CF/1988, para prover a execução de Lei Federal, ordem ou decisão judicial;

• art. 34, VII, da CF/1988, quando houver afronta aos princípios sensíveis, da Constituição.

Nesses casos, no entanto, se o Decreto que suspendeu a execução do ato impugnado não foi suficiente para o restabelecimento da normalidade, o Presidente da República decretará a intervenção federal, nomeando, se couber, interventor, devendo submeter o seu ato ao exame do Congresso Nacional (controle político), no prazo de 24 horas, nos termos do art. 36, § 1º, da CF/1988, conforme referido.

7.12.1.5 Afastamento das autoridades envolvidas

Por meio do Decreto interventivo, que especificará a amplitude, prazo e condições de execução, o Presidente da República nomeará (quando necessário) interventor, afastando as autoridades envolvidas.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º, da CF/1988).

7.12.1.6 A intervenção federal na vigência da Constituição Federal de 1988: Os casos particulares do Distrito Federal e do Espírito Santo e a efetiva decretação da intervenção federal nos Estados do Rio de Janeiro e de Roraima

Durante a vigência da Constituição Federal de 1988 tivemos apenas duas situações de efetiva decretação de intervenção federal implementadas pelo Decreto nº 9.288/2018 no Estado do Rio de Janeiro e pelo Decreto nº 9.602/2018 no Estado de Roraima.

Antes, porém, vale a pena destacar dois outros relevantes episódios, um envolvendo o Distrito Federal e o outro o Estado do Espírito Santo, que passaram perto da implementação da medida extrema.

a) Distrito Federal

No caso do Distrito Federal, o pedido de intervenção foi formulado pelo PGR com base no art. 34, VII, "a", da CF/1988, sob a "... alegação da existência de esquema de corrupção que envolveria o ex-Governador do DF, alguns Deputados Distritais e suplentes, investigados pelo STJ, e cujo concerto estaria promovendo a desmoralização das instituições públicas e comprometendo a higidez do Estado Federal. Tais fatos revelariam conspícua crise institucional hábil a colocar em risco as atribuições político-constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e provocar instabilidade da ordem constitucional brasileira. [...] No mérito, entendeu-se que o perfil do momento político-administrativo do Distrito Federal já não autorizaria a decretação de intervenção federal, a qual se revelaria, agora, inadmissível perante a dissolução do quadro que se preordenaria a remediar...", tendo ficado vencido o Min. Ayres Britto (IF 5.179, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010, Plenário, DJE de 2010. Sobre o tema, cf. o item 6.7.5.2.1).

b) Espírito Santo

Por sua vez, no Estado do Espírito Santo, tivemos o episódio envolvendo o então Ministro da Justiça Miguel Reale Jr., que ficou à frente do cargo por apenas 3 meses quando apresentou o seu pedido de demissão por ter se sentido traído.

Conforme ele mesmo relata em entrevista concedida ao Conjur,[74] no ano de 2002, diante de assassinatos de juízes, promotores e advogados pelo crime organizado, houve um pedido formal pela OAB para a intervenção federal no Estado do Espírito Santo. Essa medida poderia se implementar tanto de forma espontânea pelo Presidente da República (art. 34, III, da CF/1988) como pela propositura da representação interventiva pelo PGR (ADI interventiva), com a necessária apreciação do STF (art. 34, VII, "b", da CF/1988).

A demanda foi parar no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que, nos termos da Res. CDDPH nº 15/2002, aprovou, após ter mandado um grupo de investigação ao estado, "por unanimidade e com palmas", inclusive com a presença do então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, o relatório sobre a representação do Conselho Federal da OAB elaborado pelos Conselheiros Luís Roberto Barroso, Flávia Piovesan e Belisário dos Santos Jr.[75]

---

[74] Revista Consultor Jurídico, 2012.

[75] O art. 2º, da CDDPH nº 15/2002, recomenda: "com base em documentos, depoimentos, denúncias, informações colhidas e nas considerações e conclusões produzidas pelo Relatório: I – que sejam efetivados os procedimentos objetivando a intervenção federal no Estado do Espírito Santo, em decorrência do entendimento de que estão ali presentes situações que justificam a referida medida excepcional, em conformidade com o previsto no art. 34, da CF/1988; II – que a intervenção federal no Estado do Espírito Santo tenha a sua incidência no Executivo e na presidência e mesa diretora da Assembleia Legislativa, com os objetivos de: a) produzir a efetiva investigação das atividades do crime organizado no Estado, inclusive as que possuam repercussão interestadual, como narcotráfico, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal; b) obter a efetiva apuração de crimes de homicídio, especialmente os que são cometidos mediante execução sumária e os que são atribuídos ao crime organizado, e a consequente identificação e responsabilização dos autores, sejam executores ou mandantes; c) garantir a livre circulação de informações que possam viabilizar a prevenção e a repressão à criminalidade; d) garantir a livre ação dos agentes públicos no exercício de suas respectivas atribuições que tenham correlação com a apuração de crimes ou com a repressão das atividades da criminalidade organizada; e) garantir a integridade física de pessoas coagidas ou ameaçadas em virtude de denunciar ou terem denunciado

No dia 08.07.2002, contudo, Miguel Reale Jr. estava em São Paulo e, para sua surpresa, tomou conhecimento pela televisão de que não mais iriam decretar a intervenção, pois, conforme fala do PGR em entrevista dada à imprensa de dentro do Planalto, "a intervenção federal no Espírito Santo era uma questão do Ministro da Justiça e não do governo". Assim, tanto a intervenção espontânea, que se implementaria mediante ato do Presidente da República observadas as formalidades constitucionais, como a propositura da ADI Interventiva, que dependeria do ajuizamento da representação interventiva pelo PGR, estavam sepultadas.

Miguel Reale Jr. se sentiu traído e, por isso, pediu a demissão do cargo de Ministro da Justiça. Conforme explica, "eu me senti absolutamente desprestigiado pelo Presidente, a quem eu tenho uma admiração muito grande como político e como intelectual, e hoje tenho boas relações. Mas naquele instante era impraticável eu permanecer no Ministério. Ou eu tinha honra ou não tinha. Eu renunciei. O Presidente podia ter me ligado, como ligava diversas vezes, tínhamos inclusive relações de proximidade, e falar: "Olha, o Procurador da República veio aqui agora etc."".[76]

A imprensa noticiou as possíveis razões para o arquivamento, dentre outras, a proximidade do pleito eleitoral e o impacto que a medida traria, pois o relatório da comissão, conforme visto, recomendava a intervenção tanto no Executivo como na Assembleia Legislativa. Diziam que o momento político não era adequado....

c) Rio De Janeiro

Decreto nº 9.288/2018 – primeiro caso de efetiva decretação de intervenção federal na vigência da Constituição Federal de 1988 – aprovado pelo DL nº 10/2018

Devemos destacar o histórico caso envolvendo o Estado do Rio de Janeiro, o primeiro depois de quase 30 anos de vigência do texto constitucional. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, X, da CF/1988, decretou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública (art. 34, III, da CF/1988 e Decreto nº 9.288/2018).

Cumprindo as formalidades constitucionais prescritas no art. 36, § 1º, da CF/1988, o Decreto estabeleceu o prazo da intervenção até 31.12.2018, limitando-a à área de segurança pública do Estado, tendo sido nomeado para o cargo de interventor o General do Exército Braga Netto, que, subordinado ao Presidente da República, assumiu o controle operacional dos órgãos de segurança pública do Estado.

---

violações a direitos humanos ou de colaborar ou terem colaborado para a identificação ou repressão de atividade criminosa; f) executar toda e qualquer medida para o Plenário restabelecimento da ordem pública e das garantias ao exercício dos direitos humanos".

[76] Vale a pena ler o texto publicado pelo Jornal Folha de São Paulo noticiando a perplexidade dos Conselheiros Luís Roberto Barroso, Flávia Piovesan e Belisário dos Santos Jr. diante do arquivamento da representação apresentada pela OAB (Folha de São Paulo, Tendências/Debates, 2002).

Vale a pena destacar que o próprio Governador do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão, fez o pedido de intervenção ao declarar a total incapacidade de cuidar da segurança pública do Estado, não conseguindo deter, conforme afirmou em seu discurso na data da assinatura do decreto, onde esteve presente, a guerra entre facções e o que considerou mais grave, a problemática das milícias.

Apesar da nomeação de um militar, a decretação deve ser entendida como a intervenção da União (do governo federal) na política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (art. 21, V, da CF/1988) e não uma intervenção militar das Forças Armadas. Ou seja, a gestão da segurança pública, as estratégias, as medidas a serem implementadas, enfim, toda a área passou para o interventor, afastando-se o secretário de segurança e o próprio Governador dessa pasta.

Nesse sentido, o art. 3º, § 5º, do Decreto nº 9.288/2018 estabeleceu que o interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exerceria o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144, da CF/1988 e no Título V, da CE-RJ.

Na Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 do MPF (PGR-00072549/2018), expedida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e pela Câmara Criminal do MPF (2CCR), estabeleceu-se o mesmo entendimento acima exposto: "o Decreto nº 9.288/2018 determinou intervenção parcial no Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, "limitada à área da segurança pública" (art. 1º, § 1º, Decreto nº 9.288/2018). O interventor foi nomeado para assumir parte das competências do governador de Estado (art. 3º, Decreto nº 9.288/2018). A natureza da função a ser exercida pelo interventor é, portanto, aquela de Governador de Estado, por definição constitucional um cargo de natureza civil. Nada obsta que um militar seja designado para assumir essa função, tal como previsto na Constituição (art. 142, § 3º, II e III, da CF/1988), porém esse fato não transmuda a natureza da função".

Dois pontos importantes, contudo, devem ser destacados, especialmente por terem sido judicializados.

O primeiro está relacionado a uma formalidade constitucional que não foi observada, qual seja, a prévia oitiva do Conselho da República (art. 90, I, da CF/1988) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, II, da CF/1988) para decretação da intervenção federal, sobre a qual já tivemos a oportunidade de expor o nosso entendimento.

Conforme vimos no item 7.12.1.3, de fato, a melhor interpretação da Constituição é aquela que reconhece a prévia consulta desses chamados órgãos superiores de consulta do Presidente da República para emissão de pareceres na hipótese de intervenção federal. Referidos pareceres, segundo entendimento doutrinário, são meramente opinativos (cf. item 10.4.8). Entendemos que em situações de extrema urgência ou necessidade iminente, diante de circunstâncias específicas e muito particulares, referida oitiva poderá ser posterior, conforme aconteceu no caso do Rio de Janeiro, em que a decretação se deu em uma sexta-

feira (16.02.2018) e a oitiva dos Conselhos na segunda-feira (19.02.2018), tendo sido feitas as convocações para as reuniões no domingo (art. 84, XVIII, da CF/1988).

Depois de ouvidos os Conselhos, no dia seguinte, qual seja, em 20.02.2018, nos termos do DL nº 10/2018, o Congresso Nacional, observando o comando constitucional previsto no art. 49, IV, da CF/1988, aprovou, com folga (lembrando que o *quorum* é por maioria simples), o Decreto interventivo presidencial, nos seguintes termos:

• Câmara dos Deputados: 340 votos favoráveis, 72 contrários e 1 abstenção (Projeto de DL nº 886-A/2018);

• Senado Federal: 55 votos favoráveis, 13 contrários e 1 abstenção (Projeto de DL nº 4/2018).

O segundo ponto decorreu do pronunciamento do então Presidente da República Michel Temer na cerimônia de assinatura do Decreto (em 16.02.2018), ao informar que iria cessar o Decreto para votar a Reforma da Previdência. Vejamos a fala de sua excelência: "eu registro que ajustamos ontem à noite com uma participação muito expressiva do presidente Rodrigo Maia e do presidente Eunício Oliveira a continuidade da tramitação da reforma da Previdência, que é uma medida também extremamente importante para o futuro do País. Quando ela estiver para ser votada, e naturalmente isto segundo avaliação das Casas Legislativas, eu farei cessar a intervenção. No instante que se verifique, segundo os critérios das Casas Legislativas que há condições para votação, reitero, eu farei cessar a intervenção".

Como se sabe e estudaremos no capítulo 9, a Constituição estabeleceu limitações circunstanciais à reforma constitucional, qual seja, nos termos do art. 60, § 1º, da CF/1988, a proibição de se emendar a Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Com o máximo respeito, não concordamos com a "estratégia" apresentada pelo Presidente da República em seu pronunciamento. Pensamos que o objetivo do constituinte originário ao manter e ampliar os limites circunstanciais ao poder de reforma (lembrando que antes da Constituição de 1988, a primeira Constituição a estabelecer regra similar, vedando a alteração apenas na vigência de estado de sítio, foi a de 1934, mantida nas seguintes, exceto na de 1937) foi evitar a reforma constitucional em situação de legalidade extraordinária e, portanto, de grave instabilidade.

Dessa forma, ou os requisitos para intervenção estão presentes, ou não é hipótese de sua decretação. Cessá-la para uma finalidade diversa, não relacionada aos motivos que ensejaram a intervenção, caracterizaria inequívoco desvio de finalidade e, portanto, fraude constitucional. Demonstrado que o objetivo da decretação foi outro que não o de se pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, haveria crime de responsabilidade. A intervenção federal só deve cessar, dentro do prazo estabelecido, se os motivos que a justificaram deixarem de existir e, jamais, para a finalidade diversa como a de se aprovar

uma PEC, por mais importante que seja. Essa medida, sem dúvida, caracterizaria inaceitável "violência" constitucional.

Outros temas ainda poderiam ser destacados como, dentre outros, a amplitude da regra contida no art. 60, § 1º, da CF/1988, qual seja, a decretação da intervenção federal paralisa toda tramitação de PEC ou apenas a fase de discussão e votação da proposta?[77]

Entendemos que a paralisação deve ser de toda a tramitação, ficando impedidas a discussão e a votação da PEC. A instabilidade da medida excepcional traria riscos para isenção dos debates e formulação dos pareceres. Certamente, esse e outros assuntos poderão ser apreciados pelo STF e pela comunidade acadêmica, destacando-se a tramitação, ao menos no fechamento desta edição, de 2 medidas judiciais (pendentes), tendo sido uma terceira julgada prejudicada:

• MS 35.535: impetrado em 2018, busca impedir qualquer tramitação da PEC 287/2016 (Reforma da Previdência) e demais propostas de reforma constitucional, bem como que a intervenção federal seja suspensa com a finalidade específica de se votar a reforma da previdência ou outra específica e depois, votada a PEC, a intervenção seja novamente decretada ou instituído o emprego das Forças Armadas para Garantia, da Lei e da Ordem (GLO – art. 142, § 1º, da CF/1988);

• MS 35.537: impetrado em 2018, discute os requisitos formais e materiais da intervenção, inclusive a motivação do Decreto interventivo. A liminar requerida foi negada pelo Min. Celso de Mello;

• ADI 5.915: ajuizada em 2018, sustenta a inconstitucionalidade do Decreto interventivo em razão do dito caráter eleitoral da medida, além de desproporcional e dispendioso. Alega, ainda, vícios de formalidades essenciais e de cunho material, bem como suposta natureza de intervenção militar, com atribuições de poderes civis a General do Exército. O Min. relator Lewandowski adotou o rito do art. 12, da Lei nº 9.868/1999. Em 2019, contudo, a ação foi julgada prejudicada, por superveniente perda do objeto, já que a intervenção no Estado do Rio de Janeiro atingiu o seu termo em 2018 – não tendo o STF analisado os vários pontos apontados).

d) Roraima

Decreto nº 9.602/2018 – segundo caso de efetiva decretação de intervenção federal na vigência da Constituição Federal de 1988 – aprovado pelo DL nº 174/2018

Diante da grave crise na segurança pública e no sistema carcerário, acrescentando-se o enorme risco de rebeliões, além da política de acolhida humanitária a imigrantes venezuelanos, o então Presidente da República, Michel Temer, com a aquiescência da

[77] José Afonso da Silva parece sustentar que a decretação da intervenção federal paralisaria a tramitação da PEC. Nossa interpretação, a partir de texto escrito pelo autor no item 2.2 do capítulo VII de as obra. SILVA, José Afonso da: *Processo constitucional de formação das leis.*

Governadora, decretou a "intervenção federal no Estado de Roraima até 31.12.2018, para, nos termos do art. 34, caput, III, da CF/1988, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública".

Conforme declarou, por haver concordância, "fiz com a senhora governadora uma espécie de intervenção negociada. Ela acedeu a esta fórmula, concordou com esta fórmula. Acha que, de fato, a situação está se complicando no estado de Roraima e que a melhor solução seria precisamente essa" (Agência Brasil, 2018).

Diferente do Rio de Janeiro, cuja intervenção se limitou à área de segurança pública, a intervenção no Estado de Roraima abrangeu todo o Poder Executivo, afastando-se a Governadora e se nomeando, para o cargo de interventor, Antonio Denarium, o eleito pelo povo para assumir o cargo a partir de 1º.01.2019.

Dessa forma, enquanto a intervenção no Rio de Janeiro foi parcial (segurança pública), a no Estado de Roraima foi total, substituindo-se a Governadora pelo interventor, que assumiu todas as suas atribuições.

Nesse segundo caso, a cronologia dos fatos demonstra total observância ao procedimento: a) oitiva dos Conselhos, que opinaram, por unanimidade, pela decretação da intervenção (2018); b) oficialização da intervenção, publicando o Decreto no Diário Oficial da União (2018); c) controle político pelo Congresso Nacional (2018).

7.12.1.7 A intervenção federal: necessidade de preservação dos direitos fundamentais

Diferente da decretação do estado de defesa e do estado de sítio, que expressamente admitem a possibilidade de imposição de medidas coercitivas, inclusive restrições a direitos e garantias (cf. art. 136, § 1º, I e II, e art. 139, I ao VII da CF/1988), a Constituição não estabelece nenhuma possibilidade de restrição a direitos na hipótese de decretação de intervenção federal.

Nesse sentido, diante da excepcionalidade da medida, a interpretação deverá ser restritiva e, portanto, não se admitirá, em hipótese alguma, mitigação de direitos fundamentais.

Repudiamos qualquer medida que tenha se imaginado no caso do Rio de Janeiro, conforme noticiado pela imprensa, de se expedirem "mandados coletivos de busca, apreensão e captura", ou, conforme se expressou em outro momento, "mandados com múltiplos alvos", destacando-se, nesse sentido, tanto a Nota Técnica Conjunta do MPF – PGR-00072549/20158 (2018), como a Nota Pública expedida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP (2018), ambas enaltecendo a necessidade de serem observadas as garantias fundamentais da presunção de inocência, do devido processo legal,

da inviolabilidade do domicílio e da intimidade, do dever de motivar as decisões judiciais e, naturalmente, a regra legal contida no art. 243, do CPP.

7.12.2 Intervenção estadual

7.12.2.1 Hipóteses de intervenção estadual e intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais

As hipóteses de intervenção estadual e federal (nos Municípios localizados em Territórios Federais) estão taxativamente previstas no art. 35, da CF/1988, sendo cabíveis quando:

• deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

• não forem prestadas contas devidas, na forma, da Lei;

• não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;[78]

• o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

7.12.2.2 Decretação e execução da intervenção estadual

A decretação e execução da intervenção estadual é de competência privativa do Governador de Estado, por meio de Decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições da execução e, quando couber, nomeará o interventor.

7.12.2.3 Controle exercido pelo legislativo

A Constituição estabeleceu a realização de controle político a ser exercido pelo Legislativo, devendo o Decreto de intervenção ser submetido à apreciação da Assembleia Legislativa, no prazo de 24 horas. Na hipótese de não estar funcionando, haverá convocação extraordinária, também no prazo de 24 horas.

7.12.2.3.1 Hipóteses em que o controle exercido pela Assembleia Legislativa é dispensado

[78] Redação dada pela EC nº 29/2000.

Em regra, o Decreto interventivo deverá ser apreciado pela Assembleia Legislativa (intervenção estadual). Excepcionalmente, porém, a Constituição (art. 36, § 3º, da CF/1988) dispensa a aludida apreciação pelo Congresso Nacional (hipóteses já estudadas quando tratamos da intervenção federal), ou pela Assembleia Legislativa estadual, sendo que o decreto, nesses casos, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. A hipótese em que o controle político é dispensado ocorre quando:

• art. 35, IV, da CF/1988, o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

No entanto, se a suspensão da execução do ato impugnado não for suficiente para o restabelecimento da normalidade, o Governador de Estado decretará a intervenção no Município (hipótese de intervenção estadual em Município), submetendo esse ato (decreto interventivo) à Assembleia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente.

7.12.2.4 Afastamento das autoridades envolvidas

No Decreto interventivo que especificará a amplitude, prazo e condições de execução, o Governador de Estado nomeará (quando necessário) interventor, afastando as autoridades envolvidas.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º, da CF/1988).

7.12.2.5 Súmula 637 do STF

Nos termos da S. 637/STF, “não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município”.

8 SEPARAÇÃO DE “PODERES” – TEORIA GERAL

Sumário: 8.1 Noções Introdutórias 8.2 Funções Típicas e Atípicas 8.3 Impropriedade da Expressão “Tripartição de Poderes” 8.4 A Independência dos Poderes e a Indelegabilidade de Atribuições

8.1 Noções introdutórias

8.1.1 Aristóteles: Identificação das funções do Estado

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação, da Lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “*L”État c”est moi*”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Dessa forma, Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão.

8.1.2 Montesquieu: Correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica

Muito tempo depois, a teoria de Aristóteles seria “aprimorada” pela visão precursora do Estado liberal burguês desenvolvida por Montesquieu em seu O Espírito das Leis.

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Essa teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos,

como as revoluções americana e francesa, caracterizando-se, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão,[1] em seu art. 16,[2] como verdadeiro dogma constitucional.

De acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a Lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo.

Cabe alertar, conforme destacou, com acerto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que "a divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a "separação de poderes" – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o Bill of Rights de 1689. De fato, a "gloriosa revolução" pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, O espírito das leis, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos".[3]

8.1.3 E qual seria a finalidade da separação dos poderes?

Dimitri, com precisão, observa que "seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência "absolutista" de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões.

---

[1] Anotou Comparato que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 "... representa, por assim dizer, o atestado de óbito do *Ancien régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o seu caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos" (COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. – original sem grifos).

[2] Art. 16. "Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição" (tradução livre do autor: "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n"est pasassurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n"a point de constitution*").

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*.

Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos".[4]

Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

"EMENTA: [...]. A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

[...] O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional" (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1999, Plenário, DJ de 2000 – original sem grifos).

Dentre os vários exemplos desse mecanismo de freios e contrapesos, em razão da interpenetração dos "poderes" (interferências ou controles recíprocos), com o objetivo de evitar abusos de poder, podemos destacar:

• art. 5º, XXXV, da CF/1988: o Poder Judiciário pode rever atos de determinada CPI (Legislativo) que extrapolem o postulado da reserva constitucional de jurisdição, quando, por exemplo, o seu presidente expede um mandado de busca e apreensão em total violação ao art. 5º, XI, da CF/1988;

• art. 52, I, da CF/1988: compete privativamente ao Senado Federal (Legislativo) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República (Executivo) nos crimes de responsabilidade;

---

[4] DIMOULIS, Dimitri: *Significado e atualidade da separação de poderes*. Nesse sentido, para aprofundamento, cf. PIÇARRA, Nuno: *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Ainda, conforme estabeleceu Dallari, "o sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência" (DALLARI, Dalmo de Abreu: *Elementos de teoria geral do estado)*.

• art. 53, § 1º, c/c o art. 102, I, "b", da CF/1988: eventual condenação pelo STF (Judiciário) de parlamentar federal corrupto (Legislativo) que se vale de seu cargo para indevidamente enriquecer (cf. julgamento do denominado "mensalão" na AP 470);

• art. 62, da CF/1988: as medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República (Executivo) poderão ser rejeitadas pelo Congresso Nacional (Legislativo);

• art. 66, § 1º, da CF/1988: o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar projetos de Lei aprovados pelo Parlamento (Legislativo);

• art. 66, § 4º ao § 6º, da CF/1988: o Parlamento (Legislativo) poderá "derrubar" o veto lançado pelo Chefe do Poder Executivo;

• art. 66, § 7º, da CF/1988: se a Lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República (Executivo), nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado (Legislativo) a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado (Legislativo) fazê-lo;

• art. 63, I e II, da CF/1988: cabe emenda parlamentar (Legislativo) em projeto de Lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República (Executivo);

• art. 64, § 1º, da CF/1988: o Presidente da República (Executivo) poderá solicitar urgência para o Parlamento (Legislativo) apreciar os projetos de sua iniciativa;

• art. 97, da CF/1988: os juízes (Judiciário) poderão declarar a inconstitucionalidade de Lei (Legislativo) ou ato normativo do Poder Público (inclusive, como exemplo, de decretos autônomos elaborados pelo Executivo);

• art. 101, parágrafo único, c/c o art. 52, III, "a", e o art. 84, XIV, da CF/1988: os Ministros do STF (Judiciário) serão nomeados pelo Presidente da República (Executivo), depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (Legislativo).

• art. 102, I, "a", da CF/1988: compete ao STF (Judiciário) declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual (Legislativo).

8.2 Funções típicas e atípicas

A teoria da "tripartição[5] de Poderes", exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos,[6] só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das

[5] Como se sabe, no constitucionalismo brasileiro e de modo geral, a regra adotada é a da tripartição. Lembramos, contudo, o art. 10 da Constituição do Império de 1824, que adotou a separação quadripartita: "Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial".

[6] Interessante notar, de modo excepcional, o art. 1º, I, da Nova Lei Fundamental da Cidade do Vaticano, que entrou em vigor em 2001 e substitui integralmente a anterior, de 7 de junho de 1929: "O Sumo Pontífice, Soberano do Estado da Cidade do Vaticano, tem a plenitude dos poderes legislativo, executivo e judicial" (cf. íntegra do texto em http://www.vatican.va/vatican_city_state/legislation/index.htm).

realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles.[7]

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional.

Importante esclarecer que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário. Vejamos o quadro abaixo, trazendo uma visão panorâmica das funções típicas de cada órgão, bem como exemplos de algumas funções atípicas:

ÓRGÃO	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
LEGISLATIVO	• legislar • fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo	•Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc. •Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CF/1988)
EXECUTIVO	• prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração	• Natureza legislativa: o Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de Lei (art. 62, da CF/1988) • Natureza jurisdicional: o Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos
JUDICIÁRIO	• julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação, da Lei	• Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, "a", da CF/1988) •Natureza executiva: administra, v.g., ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, "f". da CF/1988)

Finalmente, pedimos vênia para ressaltar a caracterização feita por José Afonso da Silva[8] em relação às três funções (típicas) exercidas pelos Órgãos:

• função legislativa: "consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis";

• função executiva: "resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público";

[7] Cabe alertar, contudo, como sinalizou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que "o próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*.).

[8] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

• função jurisdicional: “tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse”.

8.3 Impropriedade da expressão “Tripartição de Poderes”

Depois de todo o visto, devemos apenas sistematizar a imprecisão do uso da expressão “tripartição de Poderes”.

Isso porque o poder é uno, indivisível e indelegável. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se por meio de órgãos que exercem funções. Dessa maneira, temos:

a) poder: uno, indivisível e indelegável, um atributo do Estado que emana do povo;

b) função: “a função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade”;[9]

c) órgão: “os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”.[10]

Assim, todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno, indivisível e indelegável. Esses atos adquirem diversas formas, dependendo das funções exercidas pelos diferentes órgãos. O órgão legislativo, por exemplo, exerce uma função típica, inerente à sua natureza, além de funções atípicas, conforme vimos no quadro anterior, ocorrendo o mesmo com os órgãos executivo e jurisdicional.

A correspondência entre funções e órgãos é imposta e decorrente da separação orgânica dos poderes e, naturalmente, está explícita no texto de 1988, destacando-se:

• art. 44, da CF/1988: o “Poder” Legislativo (função) é exercido pelo Congresso Nacional (órgão), que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

• art. 76, da CF/1988: o “Poder” Executivo (função) é exercido pelo Presidente da República (órgão), auxiliado pelos Ministros de Estado;

• art. 92, da CF/1988: são órgãos do “Poder” Judiciário (função):[11] I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (órgãos).

Feitas essas observações, devemos lembrar que a expressão “tripartição de Poderes”, normalmente, é utilizada sem muito rigor técnico, inclusive pela própria Constituição, que

---

[9] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

[10] *Ibid.*

[11] Devemos lembrar que as Constituições de 1946 e 1967 e a EC nº 1/1969 adotaram uma redação melhor que a do art. 92, da CF/1988, seguindo o “padrão” redacional estabelecido para os outros “poderes”, nos seguintes termos: “O “Poder” Judiciário (função) é exercido pelos seguintes órgãos” (“órgão” – com a indicação, como se observa no texto atual).

em seu art. 2º, da CF/1988, assevera: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto, por “Poderes” entendam-se órgãos, em decorrência do que expusemos acima.

8.4 A independência dos poderes e a indelegabilidade de atribuições

Ressaltamos serem os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida quando da manifestação do poder constituinte originário.

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, da CF/1988, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Pelo que se observa no quadro abaixo, as Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e a EC nº 1/1969 não só foram explícitas ao proclamar a cláusula da indelegabilidade, como também deixaram clara a possibilidade de interpenetração entre os poderes a ser materializada naquilo que se denominou freios e contrapesos. Vejamos:

CONSTITUIÇÕES	**PARTIÇÃO DE FUNÇÕES (quadripartição e a regra da tripartição)**	**INDEPENDÊNCIA ORGÂNICA**
1824	• Art. 9º, A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece. •Art. 10, Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.	•Não há ressalva explícita
1891	• Art. 15, São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.	• Art. 79, O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro.
1934	• Art. 3º, caput, São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.	• Art. 3º, § 1º, É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. • Art. 3º, § 2º, O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.
1937	• Não existe um dispositivo explícito, muito embora o texto tenha criado capítulos próprios para o Legislativo e o Judiciário.	• Não há ressalva explícita.
1946	• Art. 36, São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.	• Art. 36, § 1º, O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. • Art. 36, § 2, É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

1967	• Art. 6º, caput, São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.	• Art. 6º, parágrafo único, Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.
EC nº 1/1969	• Art. 6º, caput, São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário	• Art. 6º, parágrafo único, Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.
1988	• Art. 2º, São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.	• Não há ressalva explícita.

Embora a regra da indelegabilidade e a enunciação da existência de ressalvas não estejam individual e expressamente estabelecidas na redação da Constituição de 1988 (em um art. específico, como se observou nos referidos textos anteriores), não há dúvida de que devam ser reconhecidas no ordenamento atual, seja por se tratar da essência da separação de poderes adotada nos Estados modernos (do contrário, a separação de poderes perderia a sua utilidade), seja porque essas exceções (interferências ou controles recíprocos, em verdadeira interpenetração de poderes, materializando os freios e contrapesos) podem ser expressamente identificadas, o que se viu acima, ao longo da Constituição.

Por fim, lembre-se de que a Constituição erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de Poderes (art. 60, § 4º, III, da CF/1988).

9 PODER LEGISLATIVO

Sumário: 9.1 Estrutura do poder legislativo 9.2 Atribuições do Congresso Nacional 9.3 Câmara dos Deputados 9.4 Senado Federal 9.5 Quadro Comparativo e Deliberações 9.6 Remuneração dos Parlamentares 9.7 Das Reuniões 9.8 Das Comissões Parlamentares 9.9 Imunidades Parlamentares 9.10 Incompatibilidades e Impedimentos dos Parlamentares Federais 9.11 Perda do Mandato do Deputado ou Senador 9.12 Hipóteses em que Não Haverá a Perda do Mandato do Deputado ou Senador e Outras Regras 9.13 Processo Legislativo 9.14 Espécies Normativas 9.15 Função Fiscalizatória Exercida pelo Legislativo e o Tribunal de Contas

9.1 Estrutura do poder legislativo

9.1.1 Estrutura do Poder Legislativo federal

A análise do Poder legislativo (ou, de modo mais técnico, órgão legislativo) deve ser empreendida levando em conta a forma de estado introduzida no Brasil, verificando-se de que modo ocorre a sua manifestação em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Assim, diz-se que no Brasil vigora o bicameralismo federativo, no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a primeira constituída por representantes do povo e a segunda, por representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal, adjetivando, assim, o nosso bicameralismo, que é do tipo federativo, como visto.

Pelo exposto, outra não poderia ser a redação do art. 44, da CF/1988, que diz: “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

As regras fundamentais sobre o legislativo federal serão estudadas individualmente, destacando-se a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as reuniões dos parlamentares, as comissões e demais regras atinentes aos Deputados e Senadores, como imunidades, incompatibilidades e impedimentos, perda do mandato etc. Neste momento, teceremos alguns comentários a respeito do legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais, para, em um segundo momento, voltarmos ao legislativo federal.

9.1.2 Estrutura do Poder Legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais

O Poder Legislativo em âmbito estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais (estes últimos, quando criados), ao contrário da estrutura do legislativo federal, é do tipo

unicameral, pois composto por uma única Casa, conforme se observa pela leitura dos art. 27, art. 29, art. 32 e art. 33, § 3º, última parte, da CF/1988.

9.1.2.1 Estrutura do Poder Legislativo estadual

• unicameralismo: o legislativo estadual é exercido pela Assembleia Legislativa, composta pelos Deputados Estaduais, também representantes do povo do Estado;

• número de deputados estaduais: "o número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze" (art. 27, caput, da CF/1988).

Portanto, até o número de 12 Deputados Federais, o número de Deputados Estaduais será obtido pela multiplicação por 3 (o triplo). Acima de 12, segue a seguinte fórmula: y = (x – 12) + 36 em que y corresponde ao número de Deputados Estaduais e x, ao número de Deputados Federais. A fórmula, para facilitar, pode ser assim resumida: y = 24 + x, em que y corresponde ao número de Deputados Estaduais e x, ao número de Deputados Federais (quando forem acima de 12). Veja a tabela abaixo e "viva a matemática".:[1], [2], [3]

NÚMERO DE DEPUTADOS FEDERAIS (x)	**NÚMERO DE DEPUTADOS ESTADUAIS (y)**	**FÓRMULA**
8	24	o triplo
9	27	o triplo
10	30	o triplo
11	33	o triplo
12	36	o triplo
13	37	y = 24 + x
14	38	y = 24 + x
[...]		
69	93	y = 24 + x
70	94	y = 24 + x

• mandato: o mandato dos Deputados Estaduais será de 4 anos;

• outras regras: as regras, da CF/1988 sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às

[1] O número mínimo de Deputados Estaduais será 24, já que o número mínimo de Deputados Federais é 8, nos termos do art. 45, § 1º, da CF/1988.

[2] Essa pergunta, por incrível que pareça, caiu no X Concurso de Juiz do Trabalho da 14ª Região – Rondônia e Acre. No mesmo sentido, Podemos destacar questão exigindo esse conhecimento na prova de Agente Administrativo – PRF – Constituição Estadual SPE/UnB/2012. Então, amigos concurseiros, vejam que, muitas vezes, um pequeno detalhe faz a diferença..., apesar de, em nosso entender, esse tipo de questão não medir o verdadeiro conhecimento. A fórmula para o sucesso? Muito estudo. Mas estudo estratégico. Isso significa que fazer questões de provas do concurso almejado e de outros pode orientar e encurtar a caminhada.

[3] O número máximo de Deputados Estaduais será de 94, já que o número máximo de Deputados Federais é de 70, nos termos do art. 45, § 1º, da CF/1988.

Forças Armadas serão aplicadas aos parlamentares estaduais (art. 27, § 1º, da CF/1988). Desta feita, o regime reservado aos parlamentares federais será o mesmo a ser observado pelos estaduais;

• remuneração: determina o art. 27, § 2º, da CF/1988, que o subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por Lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, não podendo ser superior a 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os art. 39, § 4º, art. 57, § 7º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988. Trata-se de subteto do funcionalismo a ser respeitado no âmbito do Poder Legislativo Estadual, segundo a regra trazida pela Reforma da Previdência (art. 37, XI – EC nº 41/2003). Entendemos que o subteto do funcionalismo a ser observado no âmbito do Poder Legislativo Estadual continua sendo o subsídio do Deputado Estadual, apesar da novidade trazida no art. 37, § 12, da CF/1988, pela EC nº 47/2005. Isso porque a parte final é bem clara ao dizer que a flexibilização da "PEC Paralela" não se aplica ao subsídio do Deputado Estadual, que continua sendo o parâmetro e limite, nos termos do art. 37, XI, da CF/1988, que não foi modificado.

9.1.2.2 Estrutura do poder legislativo municipal

• unicameralismo: o legislativo municipal é exercido pela Câmara Municipal (Câmara dos Vereadores), composta pelos Vereadores, representantes do povo do Município;

• número de Vereadores: será estabelecido de acordo com o número de habitantes de cada Município, até os limites máximos prescritos no art. 29, IV, da CF/1988, nos termos da redação dada pela EC nº 58/2009.[4]

A fixação em si implementa-se pela Lei Orgânica de cada município e não por resolução de sua Câmara dos Vereadores (art. 29, caput, da CF/1988). Conforme indicado, a Constituição Federal fixa o limite máximo de acordo com as faixas do art. 29, IV, da CF/1988. A Lei Orgânica, por sua vez, define esse número, vinculando o parlamento municipal, que não poderá alterá-lo. Isso porque o Parlamento, ao estabelecê-lo em sua Lei Orgânica – até o limite constitucional máximo, pode querer limitá-lo de acordo com a receita daquele ente federativo.

[4] Contra referida EC nº 58/2009, foi proposta a ADI 4.307 pelo Procurador-Geral da República e, em 2009, a Ministra Cármen Lúcia deferiu liminar suspendendo a eficácia do art. 3º, I, da EC nº 58/2009, evitando, desse modo, o preenchimento imediato de quase 7 mil vagas então criadas pela denominada "PEC dos Vereadores". Referida liminar foi referendada pelo Plenário do STF em 2009, tendo sido concedida liminar também na ADI 4.310 ajuizada pelo Conselho Federal da OAB. Em 2013, o Plenário do STF julgou procedente o pedido formulado na referida ADI para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da EC 58/2009. Vejamos: "EC 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das câmaras municipais. Art. 29, IV, da CR. (...) Posse de novos vereadores: impossibilidade. Alteração do resultado de processo eleitoral encerrado: inconstitucionalidade. Contrariedade ao art. 16 da CR. (...) Norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das câmaras municipais em pleito ocorrido e encerrado: afronta à garantia do exercício da cidadania popular (art. 1º, parágrafo único e art. 14, da CF/1988) e a segurança jurídica..." (ADI 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2013, Plenário, DJE de 2013).

A título de curiosidade, cabe lembrar que, antes, da EC nº 58/2009, a Res. nº 21.702/2004/TSE, partindo do julgamento do RE 197.917, que definiu a proporcionalidade em relação ao Município de Mira Estrela, produziu efeitos para todo o País.

• mandato: o mandato dos Vereadores será de 4 anos;

• inviolabilidade ou imunidade material: os Vereadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, VIII, da CF/1988, estudado mais adiante);

• remuneração: as regras sobre a remuneração dos Vereadores, inicialmente, foram fixadas no art. 29, V, da CF/1988, cuja redação foi alterada pela EC nº 19/1998. A EC nº 1/1992 acrescentou o art. 29, VI, da CF/1988 que, por sua vez, também foi alterado pela reforma administrativa (EC nº 19/1998). Tanto na primeira reforma como na segunda, fixou-se que o valor da remuneração dos Vereadores corresponderia a, no máximo, 75% do subsídio, em espécie, dos Deputados Estaduais, sendo fixado por Lei de iniciativa da Câmara dos Vereadores. Felizmente, de maneira mais transparente, outra reforma sofreu o texto constitucional, por meio, da EC nº 25/2000, que alterou o art. 29, VI, da CF/1988, e acrescentou o art. 29-A à Constituição Federal, estipulando critérios mais claros e objetivos para o controle dos gastos públicos, no caso em análise, do Poder Legislativo Municipal.

Agora, com as novas regras, a fixação dos percentuais não ficará mais ao puro arbítrio dos Vereadores, através de Lei de iniciativa da Câmara dos Vereadores, na medida em que os percentuais máximos já foram estabelecidos pelo próprio poder constituinte derivado reformador, na EC nº 25/2000. De acordo com as novas regras (art. 29, VI, da CF/1988), o limite máximo dos subsídios dos Vereadores continua a ser 75% do subsídio dos Deputados Estaduais,[5] porém variável de acordo com o número de habitantes de cada Município, segundo a tabela abaixo, não podendo o total da despesa com a remuneração dos Vereadores ultrapassar o montante de 5% da receita do Município (art. 29, VII, da CF/1988):

TAMANHO DO MUNICÍPIO – NÚMERO DE HABITANTES (y)	**SUBSÍDIO MÁXIMO DO VEREADOR – (x)% DO SUBSÍDIO DOS DEPUTADOS ESTADUAIS**
y < 10.000	20%
10.001 < y < 50.000	30%
50.001 < y < 100.000	40%
100.001 < y < 300.000	50%
300.001 < y < 500.000	60%
y > 500.001	75%

Dessa forma, de acordo com as novas regras, o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, em cada legislatura para a subsequente, ou seja, fica

[5] Assim, por curiosidade, fazendo uma conta rápida, se o subsídio máximo dos Deputados Estaduais corresponde a 75% do subsídio em espécie dos Deputados Federais, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a 56,25% do subsídio em espécie fixado para os Deputados Federais.

vedada tal prática na legislatura vigente. Na verdade, a fixação dos subsídios continuará a ocorrer na legislatura (período de 4 anos = ao mandato) imediatamente anterior à subsequente, porém até os limites máximos já previamente determinados pela EC nº 25/2000, de acordo com o número de habitantes do Município.

Isso porque, conforme já decidiu o STF, a fixação de subsídios na mesma legislatura caracteriza "ato lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade" (STF, RE 172.212-6/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 1, de 1998). Ressalte-se que na fixação dos subsídios deverão ser observadas as regras, da CF/1988, da Constituição Estadual, bem como os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica.

Cabe lembrar, ainda, o subteto determinado pela Reforma da Previdência (art. 37, XI, da CF/1988, alterado pela EC nº 41/2003), qual seja, no Município, nenhum subsídio poderá ser superior àquele do Prefeito.

Pois bem, além das regras já mencionadas, a EC nº 25/2000 trouxe outros limites, estes, todavia, com caráter genérico e que foram reescalonados pela EC nº 58/2009. De acordo com o art. 29-A, da CF/1988, o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os percentuais indicados na tabela a seguir, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no art. 153, § 5º e nos art. 158 e art. 159, da CF/1988, efetivamente realizado no exercício anterior:

TAMANHO DO MUNICÍPIO – NÚMERO DE HABITANTES (y)	O TOTAL DA DESPESA (INCLUÍDOS OS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES E EXCLUÍDOS OS GASTOS COM INATIVOS) NÃO PODE ULTRAPASSAR OS SEGUINTES PERCENTUAIS (SOBRE O SOMATÓRIO DA RECEITA TRIBUTÁRIA E DAS TRANSFERÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 153, § 5º E NOS ART. 158 E ART. 159, EFETIVAMENTE REALIZADO NO EXERCÍCIO ANTERIOR)
y < 100.000	7%
100.001 < y < 300.000	6%
300.001 < y < 500.000	5%
500.001 < y < 3.000.000	4,5%
3.000.001 < y < 8.000.000	4%
y > 8.000.001	3,5%

Além desses limites, o art. 29-A, § 1º, da CF/1988 também acrescentado, estatui que a Câmara Municipal não gastará mais de 70% de sua receita com a folha de pagamentos, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores, ou seja, a remuneração de todo o pessoal da Câmara dos Vereadores. O desrespeito a essa regra constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal. Convém lembrar que, dentro dessa filosofia e política de contenção de gastos do Poder Legislativo Municipal, o art. 29, VII, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 1/1992, já estabelecia que o total da despesa com a remuneração

dos Vereadores (parte da folha de pagamentos) não poderia ultrapassar o montante de 5% da receita do Município.

Já o Prefeito Municipal, de acordo com as novas regras, além do crime de responsabilidade previsto no DL nº 201/1967, que será estudado em momento oportuno, praticará crime de responsabilidade caso deixe de efetuar o repasse dos valores para o Poder Legislativo, de acordo com as regras do art. 29-A, § 2º, I, II e III, da CF/1988, ou seja: a) efetuar repasse que supere os limites definidos no art. 29-A, da CF/1988, em análise; b) não enviar o referido repasse até o dia 20 de cada mês; c) enviar o repasse a menor em relação à proporção fixada na Lei orçamentária.

Por fim, devemos destacar a *vacatio legis* prevista no art. 3º, da EC nº 25/2000, que, embora tenha sido publicada no DOU eletrônico de 2000, só entrou em vigor em 2001, abarcando, portanto, essa nova legislatura que se iniciou na mesma data.

9.1.2.3 Estrutura do poder legislativo distrital

• unicameralismo: o legislativo distrital é exercido pela Câmara Legislativa (art. 32, caput, da CF/1988), composta pelos Deputados Distritais, que representam o povo do distrito federal;

• aplicação das características dos Estados: como determina o art. 32, § 3º, da CF/1988, aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27, da CF/1988, ou seja, todas as regras estabelecidas para os Estados valem para o distrito federal.

9.1.2.4 Estrutura do poder legislativo dos Territórios Federais

• regra geral: o art. 33, § 3º, última parte, da CF/1988, determina que a Lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa. Como não existem Territórios Federais (apesar de poderem vir a ser criados), ainda não foi regulamentado esse dispositivo constitucional. Cabe observar que, quando criados, de acordo com o art. 45, § 2º, da CF/1988, cada Território elegerá o número fixo de 4 Deputados Federais, para compor a Câmara dos Deputados do Congresso Nacional.

9.2 Atribuições do Congresso Nacional

De acordo com o art. 48, da CF/1988, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

• sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

• plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

• fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

• planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

• limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

• incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;

• transferência temporária da sede do Governo Federal;

• concessão de anistia;

• organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios, e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal (EC nº 69/2012);

• criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, "b", da CF/1988, já que, quando vagos os cargos ou funções públicas, caberá ao Presidente, mediante decreto, dispor sobre a extinção;

• criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (confira, também, o art. 88, da CF/1988, alterado pela EC nº 32/2001);

• telecomunicações e radiodifusão;

• matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

• moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal;

• fixação do subsídio dos Ministros do STF, observado o que dispõem os art. 39, § 4º; art. 150, II; art. 153, III; e art. 153, § 2º, I, da CF/1988.

Alertamos que, de acordo com o art. 84, VI, "a", da CF/1988, na nova redação dada pela EC nº 32/2001, compete privativamente ao Presidente da República (cf. art. 84, parágrafo único, da CF/1988) dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar o aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos.

Agora cuidado. O art. 49, da CF/1988, trata das matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo dispensada a manifestação do Presidente da República, através de sanção ou veto (art. 48, caput, da CF/1988). Como veremos ao comentar as espécies normativas, as atribuições referidas no art. 49, da CF/1988, são materializadas por Decreto Legislativo.[6]

Para os concursos públicos, entendemos indispensável o conhecimento das referidas matérias, fazendo-se um contraponto em relação àquelas do art. 48, da CF/1988.

Dessa forma, é da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, da CF/1988):

---

[6] Para as provas, recomendamos a leitura atenta dos art. 48 e art. 49 da CF/1988.

• resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

• autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em Lei Complementar (cf. LC nº 90/1997, com as alterações introduzidas pela LC nº 149/2015);

• autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

• aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

• sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

• mudar temporariamente sua sede;

• fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988;

• fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988;

• julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

• fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

• zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

• apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

• escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

• aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

• autorizar referendo e convocar plebiscito;

• autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

• aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

9.3 Câmara dos Deputados

9.3.1 Aspectos fundamentais

• composição: a Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo,[7] ou seja, por Deputados Federais eleitos que manifestam a vontade popular. Lembramos que todo o poder emana do povo, que o exerce, ou de forma direta (ex.: plebiscito, referendo e iniciativa popular – soberania popular, art. 14, I ao III, da CF/1988), ou por meio de seus representantes, que em âmbito federal são os Deputados Federais (cabe repetir que, nas outras esferas, o Poder Legislativo é unicameral, sendo eleitos, também, pelo povo, para representá-los, os Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores, respectivamente para o legislativo estadual, do distrito federal e municipal). Por fim, destacamos que cada Território Federal, quando criado, elegerá o número fixo de 4 Deputados Federais, independentemente da população, não havendo representação no Senado Federal, já que não terão autonomia federativa, sendo simples descentralização da União – autarquia federal;

• eleição: os Deputados Federais são eleitos pelo povo segundo o princípio proporcional. Ou seja, "o número total de Deputados, bem como a representação por Estados e pelo Distrito Federal, será estabelecido em Lei Complementar, proporcionalmente à população,[8] procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados" (art. 45, § 1º, da CF/1988);

• número de Deputados Federais: como referido, o número de Deputados Federais será proporcional à população de cada Estado e do Distrito Federal, não podendo cada Estado e o DF ter menos que 8, nem mais que 70 Deputados Federais. Relembrar que os Territórios Federais, se vierem a ser criados, elegerão um número fixo de 4 Deputados – art. 45, § 2º, da CF/1988. O número total de Deputados Federais foi fixado em 513, pela LC nº 78/1993;

A Constituição foi explícita ao determinar que a Lei Complementar deverá estabelecer não apenas o número total de deputados federais (no caso, como citado, fixado em 513), como, também, a representação por Estado e pelo DF. Ocorre que a LC nº 78/1993, ao disciplinar o assunto, no art. 1º, parágrafo único, da LC nº 78/1993, delegou a segunda obrigação (fixação da representação por Estado e pelo DF) ao TSE.

O STF entendeu essa delegação como inconstitucional. Trata-se de critério envolvendo juízo de valor a ser determinado necessariamente pelo Parlamento, não se admitindo a transferência dessa atribuição para o TSE ou para qualquer outro órgão. Na mesma assentada, por conseguinte, os Ministros declararam a inconstitucionalidade da Res. nº

---

[7] Entendam-se por povo os brasileiros natos e naturalizados descritos no art. 12, da CF/1988. Confira a importante novidade trazida pela EC nº 54/2007 e apresentada no item 16.3.

[8] População corresponde ao povo (brasileiros natos e naturalizados), juntamente com os estrangeiros e os apátridas. Deixamos claro que a proporcionalidade deve se dar em relação à população, e não ao número de eleitores.

23.389/2013 do TSE que disciplinava o tamanho das bancadas para cada Estado e para o DF.[9]

• mandato: o mandato de cada Deputado é de 4 anos, período esse correspondente à legislatura (art. 44, parágrafo único, da CF/1988);

• renovação dos Deputados: a cada 4 anos serão renovados os Deputados, permitida a reeleição;

• remuneração: de acordo com o DLG nº 276/2014, o subsídio mensal dos membros do Congresso Nacional, referido no art. 49, VII, da CF/1988, foi fixado em R$ 33.763,00, a partir de 2015, igualando-se, à época, ao subsídio mensal dos Ministros do STF (cf. item 9.6 e a Lei nº 13.752/2018, que fixou o teto do funcionalismo no valor de R$ 39.293,32).

9.3.2 Requisitos para a candidatura dos Deputados Federais

• brasileiro nato ou naturalizado (art. 14, § 3º, I, da CF/1988) a exigência de ser brasileiro nato é apenas para ocupar a presidência daquela Casa, consoante estabelece o art. 12, § 3º, II, da CF/1988;

• maior de 21 anos (art. 14, § 3º, VI, "c", da CF/1988);

• pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, II, da CF/1988);

• alistamento eleitoral (art. 14, § 3º, III, da CF/1988);

• domicílio eleitoral na circunscrição (art. 14, § 3º, IV, da CF/1988);

• filiação partidária (art. 14, § 3º, V, da CF/1988).

9.3.3 Competências privativas da Câmara dos Deputados

As matérias de competência privativa[10] dos Deputados Federais estão previstas no art. 51, da CF/1988 e não dependerão de sanção presidencial, nos termos do art. 48, caput, da CF/1988. Tais atribuições, como veremos ao tratar das espécies normativas, são materializadas por meio de resoluções.

Nos termos da Constituição, compete privativamente à Câmara dos Deputados:

• autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

• proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

• elaborar seu regimento interno;

---

[9] Julgamento conjunto das ADIs 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, 5.028 e 5.130, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, j. 2014, Plenário, DJE de 2014.

[10] Muito embora o texto da Constituição fale em competência privativa, tecnicamente, melhor seria se tivesse dito competência exclusiva, em razão de sua indelegabilidade.

• dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de Lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias.

Em relação ao art. 51, IV, da CF/1988, cumpre notar que a Câmara dos Deputados tem competência apenas para a iniciativa de projeto de Lei que vise à fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços, devendo, necessariamente, depois de aprovada nas duas Casas, a matéria ir à sanção do Presidente da República. Trata-se de novidade introduzida pela EC nº 19/1998, que retirou da CD a competência privativa para a fixação da referida remuneração.

Devemos alertar que a competência para fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988, nos termos do art. 49, VII, da CF/1988, é do Congresso Nacional, por Decreto Legislativo (cf. item 9.6).

• eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII, da CF/1988.

9.4 Senado Federal

9.4.1 Aspectos fundamentais

• composição: o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal. Quando criados, os Territórios Federais não terão representação no Senado Federal, na medida em que não terão autonomia federativa;

• eleição: os senadores são eleitos pelo povo segundo o princípio majoritário, ou seja, não mais se trata de estabelecer um número proporcional à população, mas, sim, de eleger ao Senado aquele candidato que obtiver nas urnas o maior número de votos;

• número de Senadores: cada Estado e o Distrito Federal elegerão o número fixo de 3 Senadores, sendo que cada Senador será eleito com 2 suplentes;

• mandato: o mandato de cada Senador é de 8 anos, portanto, duas legislaturas;

• renovação dos Senadores: cada Senador eleito cumpre mandato de 8 anos. Cada Estado e o Distrito Federal elegem um número fixo de 3 Senadores, com 2 suplentes cada um. A renovação, porém, dos Senadores eleitos dar-se-á de quatro em quatro anos, na proporção de 1/3 e 2/3. Vejamos o exemplo: em 1998 foi eleito um Senador que cumprirá mandato de 1999 a 2006. Em 1999, já existiam 2 Senadores eleitos desde 1994 (início do mandato em 1995), ou seja, já tinham cumprido 4 anos do mandato no final de 1998. Como em 1998 foi trocado 1 dos 3, em 2002 eleger-se-ão 2 dos 3 (para começar um novo mandato

de 8 anos em 2003). Assim, sempre existirão 3 Senadores, só que a renovação deles se dará a cada 4 anos, por 1/3 e 2/3;

• remuneração: de acordo com o DLG nº 276/2014, o subsídio mensal dos membros do Congresso Nacional, referido no art. 49, VII, da CF/1988, foi fixado em R$ 33.763,00, a partir de 2015, igualando-se, à época, ao subsídio mensal dos Ministros do STF (cf. item 9.6 e a Lei nº 13.752/2018, que fixou o teto do funcionalismo no valor de R$ 39.293,32).

9.4.2 Requisitos para a candidatura dos Senadores

• brasileiro nato ou naturalizado (art. 14, § 3º, I, da CF/1988) a exigência de ser brasileiro nato é apenas para ocupar a presidência daquela Casa, conforme estabelece o art. 12, § 3º, III, da CF/1988;

• maior de 35 anos (art. 14, § 3º, VI, "a", da CF/1988);

• pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, II, da CF/1988);

• alistamento eleitoral (art. 14, § 3º, III, da CF/1988);

• domicílio eleitoral na circunscrição (art. 14, § 3º, IV, da CF/1988);

• filiação partidária (art. 14, § 3º, V, da CF/1988).

9.4.3 Competências privativas do Senado Federal

As matérias de competência privativa[11] do Senado Federal estão previstas no art. 52, da CF/1988 e não dependerão de sanção presidencial (art. 48, caput, da CF/1988) para a sua maturação. Tais atribuições, como veremos ao tratar das espécies normativas, são materializadas através de resoluções.

Assim, nos termos da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal:

• processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

• processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (redação dada pela EC nº 45/2004)

• aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente

[11] Muito embora o texto da Constituição fale em competência privativa, tecnicamente, melhor seria se tivesse dito competência exclusiva, em razão de sua indelegabilidade.

e diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a Lei determinar;

• aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

• autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

• fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

• dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

• dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

• estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

• suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

• aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

• elaborar seu regimento interno;

• dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de Lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias;

Como vimos em relação à Câmara dos Deputados, o Senado Federal, também a partir, da EC nº 19/1998, passou a ter competência apenas para a iniciativa de projeto de Lei para fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços.

Devemos alertar, conforme já visto em relação à Câmara, que a competência para fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988, nos termos do art. 49, VII, da CF/1988, é do Congresso Nacional, por Decreto Legislativo (cf. item 9.6).

• eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII, da CF/1988;

• avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

9.5 Quadro Comparativo e Deliberações

	SENADO FEDERAL	CÂMARA DOS DEPUTADOS
COMPOSIÇÃO	• Representantes dos Estados e do Distrito Federal	• Representação do povo
SISTEMA DE ELEIÇÃO	• Sistema majoritário	• Sistema proporcional à população de cada Estado e do DF, sendo que os TFs elegerão 4 (art. 45, § 2º, da CF/1988)
NÚMERO DE PARLAMENTARES	• 3 Senadores por Estado e pelo DF, cada qual com 2 suplentes. Atualmente, 81 Senadores (26 Estados x 3 = 78 + 3 do DF)	• A LC nº 78/1993 fixou em 513 Deputados Federais. Nenhum Estado nem o DF terão menos que 8, nem mais que 70 Deputados. Os Territórios, se criados, elegerão 4 Deputados
MANDATO	• 8 anos = 2 legislaturas	• 4 anos = 1 legislatura
RENOVAÇÃO	• A cada 4 anos, por 1/3 e 2/3, sendo que cada Senador cumpre o mandato de 8 anos	• A cada 4 anos, sendo que cada Deputado cumpre o mandato de 4 anos
IDADE MÍNIMA (CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE)	• 35 anos	• 21 anos

As Casas parlamentares, no exercício de suas atribuições, deliberam por meio de votação, que poderá ser secreta ou ostensiva, ou seja, pública, por meio do voto "aberto", prestigiando, neste último caso, a transparência que deve orientar a atuação dos representantes do povo.

O voto secreto é garantia do eleitor. Os parlamentares têm o dever de prestação de contas (princípio da publicidade) e, nesse sentido, reforça-se a ideia de votação aberta. Algumas reformas aboliram a votação secreta, mas algumas hipóteses ainda continuam sem a publicidade esperada. Vejamos:

DISPOSITIVO	COMPETÊNCIA / ASSUNTO	VOTAÇÃO
Art. 52, III, da CF/1988.	• Senado Federal: aprovar previamente, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a Lei determinar.	SECRETA
Art. 52, IV, da CF/1988.	• Senado Federal: aprovar previamente, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente.	SECRETA
Art. 52, XI, da CF/1988.	• Senado Federal: aprovar, por maioria absoluta, a exoneração, de ofício, do PGR antes do término de seu mandato.	SECRETA
Art. 53, § 2º, da CF/1988, (EC nº 35/2001)	• Casa Legislativa (CD ou SF): resolver sobre a prisão em flagrante de crime inafiançável de membros do Congresso Nacional.	OSTENSIVA (votação pública, ou seja, voto "aberto")
Art. 53, § 3º, da CF/1988, (EC nº 35/2001)	• Casa Legislativa (CD ou SF): sustar o andamento de ação penal contra parlamentar.	OSTENSIVA (votação pública, ou seja, voto "aberto")
Art. 55, § 2º, da CF/1988, (EC nº 76/2013)	• Casa Legislativa (CD ou SF): nos casos do art. 55, I, II e VI, da CF/1988, decidir sobre a perda do mandato, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.	OSTENSIVA (votação pública, ou seja, voto "aberto")
Art. 66, § 4º, da CF/1988, (EC nº 76/2013)	• Sessão conjunta da CD e do SF: apreciação sobre o veto presidencial aposto a projeto de lei.	OSTENSIVA (votação pública, ou seja, voto "aberto")

9.6 Remuneração dos Parlamentares

9.6.1 Subsídio mensal

Vimos que, de acordo com o DLG nº 276/2014, o subsídio mensal dos membros do Congresso Nacional, referido no art. 49, VII, da CF/1988, foi fixado em R$ 33.763,00, a partir de 2015, igualando-se, assim, à época, ao subsídio de Ministros do STF (teto do funcionalismo), estabelecido pela Lei nº 13.091/2015 (atualmente, a Lei nº 13.752/2018, aplicando reajuste de 16,38%, fixou o teto do funcionalismo público no valor de R$ 39.293,32, correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal).

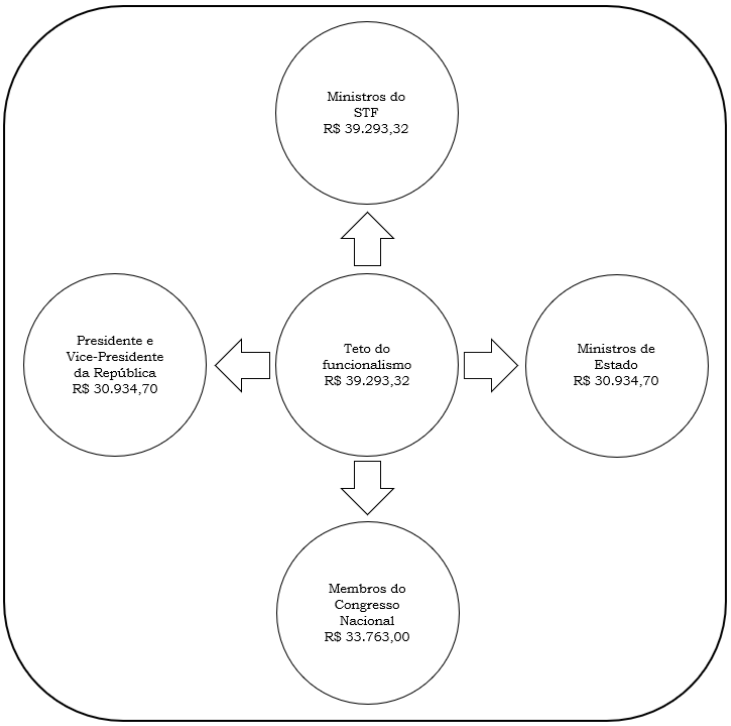
A título de curiosidade, indicamos a evolução do valor estabelecido em 2007, depois em 2010 e o atual previsto no referido Decreto Legislativo de 2014, com expressivo aumento de 104,47%, mais do que dobrando o que era pago em 2007. Vejamos:

DLG nº 112/2007 – FIXAVA O SUBSÍDIO MENSAL DOS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL A PARTIR DE 1º.04.2007	**DLG nº 805/2010 – FIXAVA O SUBSÍDIO MENSAL DOS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL A PARTIR DE 1º.02.2011**	**DLG nº 276, DE 18.12.2014 – FIXA O SUBSÍDIO MENSAL DOS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL A PARTIR DE 1º.02.2015**
• R$ 16.512,09	• R$ 26.723,13	• R$ 33.763,00

Deve-se deixar claro que a Constituição não determina que o subsídio dos Deputados e Senadores seja igual ao dos Ministros do STF. O art. 37, XI, da CF/1988, estabelece que o limite remuneratório dos parlamentares será igual ao subsídio mensal pago aos Ministros do STF, podendo este ser fixado em valor inferior.

Não somos contra a aproximação ou a equiparação dos subsídios dos ocupantes dos "Poderes". Apenas achamos que a mesma agilidade deveria ser impressa em relação à aprovação do salário mínimo, bem como ao considerável aumento (de 2007 até a última previsão em 2014), buscando-se, ao máximo, atingir, dentro da reserva do possível, os ditames do art. 7º, IV, da CF/1988.

Ilustramos, graficamente, as novas remunerações, trazendo valores de outras autoridades para efeitos comparativos, destacando-se que, conforme visto, nos termos, da Lei nº 13.752/2018, observado o art. 169, da CF/1988, o teto do funcionalismo (subsídio pago aos Ministros do STF) passou a ser de R$ 39.293,22:



A título de curiosidade, vejamos o aumento das remunerações em relação às referidas autoridades, lembrando que o subsídio mensal de Ministro do STF (teto) foi fixado em R$ 39.293,32 (Lei nº 13.752/2018):

AUTORIDADE	ATO NORMATIVO ANTERIOR/VALOR	ATO NORMATIVO ANTERIOR/VALOR	ATO NORMATIVO EM VIGOR/VALOR
Presidente da República	• DLG nº 113/2007 • R$ 11.420,21	• DLG nº 805/2010 • R$ 26.723,13	• DLG nº 277/2014 • R$ 30.934,70
Vice-Presidente da República	• DLG nº 113/2007 • R$ 10.748,43	• DLG nº 805/2010 • R$ 26.723,13	• DLG nº 277/2014 • R$ 30.934,70
Ministros de Estado	• DLG nº 113/2007 • R$ 10.748,43	• DLG nº 805/2010 • R$ 26.723,13	• DLG nº 277/2014 • R$ 30.934,70
Membros do Congresso Nacional	• DLG nº 112/2007 • R$ 16.512,09	• DLG nº 805/2010 • R$ 26.723,13	• DLG nº 276/2014 • R$ 33.763,00

Finalmente, ressaltamos que os parlamentares continuam recebendo, além do subsídio mensal, outros valores, como a cota para o exercício da atividade parlamentar, verba de gabinete, auxílio-moradia, fornecimento de jornais, revistas e publicações técnicas, serviços gráficos, passagens aéreas, atendimento médico e odontológico etc.[12]

A natureza jurídica dessas verbas deveria ser melhor estudada para verificar se alguma delas tem essência de remuneração, gerando problemas com a regra do teto fixada no art. 37, XI, da CF/1988 (já que, conforme estudamos, o subsídio mensal dos parlamentares, além dessas outras verbas, deve respeitar o teto do funcionalismo. Para conhecimento, há

[12] Em relação aos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/transparencia>. Por sua vez, em relação aos Senadores: <http://www.senado.gov.br/transparencia>.

entendimento de que incide imposto de renda sobre o total da remuneração do deputado, inclusive sobre o auxílio-moradia, quando pago em espécie).

9.6.2 Verba indenizatória: Dever de transparência

De acordo com o art. 1º, caput, do Ato da Comissão Diretora nº 3/2003 do Senado Federal, a verba indenizatória pelo exercício da atividade parlamentar destina-se ao pagamento de despesas mensais realizadas pelos Senadores com aluguel – de imóvel, de veículos ou de equipamentos – com material de expediente para escritório, com locomoção e com outras despesas diretas e exclusivamente relacionadas ao exercício da função parlamentar.

O dever de apresentar os documentos comprobatórios das despesas existe desde a publicação do Ato da Comissão Diretora nº 3/2009.

A orientação, sem dúvida, direciona-se para os Deputados Federais, destacando-se o Ato da Mesa nº 43/2009, que institucionaliza a Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP) naquela Casa.

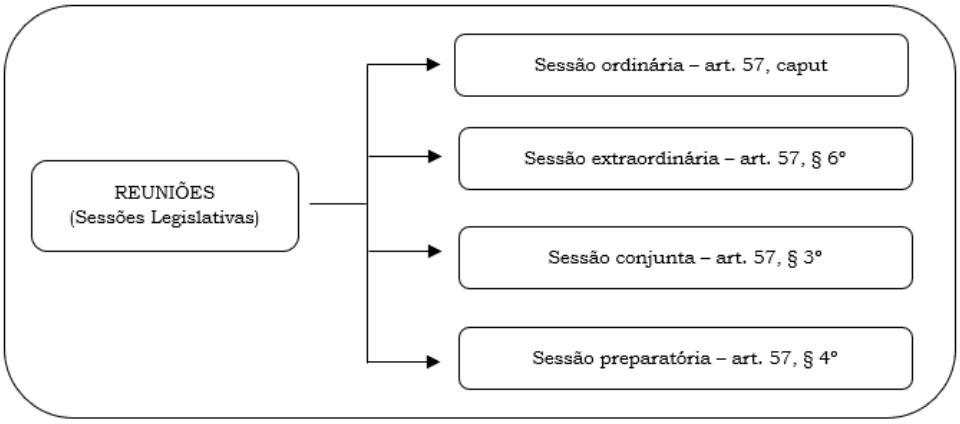
Isso posto, passamos a analisar uma situação concreta envolvendo a negativa de fornecimento dessas verbas pelo Senado Federal para um jornal de grande circulação.

Trata-se do MS 28.178, no qual a Empresa Folha da Manhã S/A (editora do jornal Folha de S. Paulo) solicitou o fornecimento de informações sobre a verba indenizatória dos Senadores no período de setembro a dezembro de 2008. O ato coator se caracterizava pela negativa de fornecimento dessas informações sob o argumento de que estão acobertadas pelo sigilo. Apesar da regra atual que consagra o dever de publicidade, na situação concreta dos autos não havia previsão de prestar as informações durante o período em discussão no citado mandado de segurança.

O voto do Min. Roberto Barroso mostrou-se bastante adequado. Conforme divulgado, a natureza pública dessa verba "estaria presente tanto na fonte pagadora – o Senado Federal – quanto na finalidade, vinculada ao exercício da representação popular. Nesse contexto, a regra geral seria a publicidade e decorreria de um conjunto de normas constitucionais, como o direito de acesso à informação por parte dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, da CF/1988) – especialmente no tocante à documentação governamental (art. 216, § 2º, da CF/1988) –, o princípio da publicidade (art. 37, caput e § 3º, II, da CF/1988) e o princípio republicano (art. 1º, da CF/1988), do qual se originariam os deveres de transparência e prestação de contas, bem como a possibilidade de responsabilização ampla por eventuais irregularidades. Recordou que o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988 enuncia que "todo o poder emana do povo". Assim, os órgãos estatais teriam o dever de esclarecer ao seu mandante, titular do poder político, como seriam usadas as verbas arrecadadas da sociedade para o exercício de

suas atividades. Observou que a Constituição ressalvaria a regra da publicidade apenas em relação às informações cujo sigilo fosse imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, parte final, da CF/1988) e às que fossem protegidas pela inviolabilidade conferida à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, c/c art. 37, § 3º, II, da CF/1988). Por se tratar de situações excepcionais, o ônus argumentativo de demonstrar a caracterização de uma dessas circunstâncias incumbiria a quem pretendesse afastar a regra geral da publicidade" (Inf. 770/STF). Nesses termos, em 2015, o pleno do STF concedeu a ordem obrigando a autoridade impetrada a fornecer à impetrante cópia reprográfica dos documentos comprobatórios do uso da verba indenizatória por Senadores da República referentes ao período compreendido entre os meses de setembro e dezembro de 2008 (Inf. 776/STF).

9.7 Das Reuniões



9.7.1 Sessão legislativa ordinária

SESSÃO LEGISLATIVA ORDINÁRIA
02/2002 — 17/2007 — 01/2008 — 22/12
"Art. 57, da CF/1988. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro" EC nº 50/2006)
EC nº 50/2006 – recesso diminuído de 90 para 55 dias

O art. 57, caput, da CF/1988, estabelece, nos termos da redação conferida pela EC nº 50/2006, que o Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. Nesse período, chamado de sessão legislativa, os parlamentares se reúnem ordinariamente.

Fora desse período, ou seja, de 18 a 31 de julho e de 23 de dezembro a 1º de fevereiro, temos o recesso parlamentar, e, havendo necessidade, os parlamentares serão convocados extraordinariamente. Como veremos abaixo ao tratar das comissões, durante o recesso parlamentar haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, com atribuições definidas no regimento comum (art. 58, § 4º, da CF/1988).

Sem dúvida, essa primeira novidade trazida pela EC nº 50/2006, qual seja, a redução do recesso parlamentar de 90 para 55 dias, objetiva atender aos anseios e insatisfações da sociedade.

Deve-se notar que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de Lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, § 2º, da CF/1988).

Por fim, tendo definido o que venha a ser sessão legislativa ordinária (reunião anual em Brasília do Congresso Nacional, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro), bem como legislatura (período de 4 anos que corresponde ao mandato dos Deputados Federais), conclui-se que cada legislatura é composta por 4 sessões legislativas ordinárias.

9.7.2 Hipóteses de convocação extraordinária

A convocação extraordinária será feita, de acordo com o art. 57, § 6º, da CF/1988:

• pelo Presidente do Senado Federal: nas hipóteses de decretação de estado de defesa; decretação de intervenção federal; pedido de autorização para a decretação de estado de sítio; e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República;

• pelo Presidente da República: em caso de urgência ou interesse público relevante e sempre com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (EC nº 50/2006);

• pelo Presidente da Câmara dos Deputados: em caso de urgência ou interesse público relevante e sempre com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (EC nº 50/2006);

• pelo Presidente do Senado Federal: em caso de urgência ou interesse público relevante e sempre com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (EC nº 50/2006);

• por requerimento da maioria dos membros de ambas as casas: em caso de urgência ou interesse público relevante e sempre com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (EC nº 50/2006).

Importante observar que, na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do art.

57, § 8º, da CF/1988, sendo vedado, ainda, o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação extraordinária (cf. art. 57, § 7º, da CF/1988).

Como se percebe, a EC nº 50/2006, também respondendo às críticas da sociedade que condenava, com rigor, o pagamento de parcela indenizatória em valor não superior ao do subsídio mensal, em ato moralizador, extinguiu o pagamento de qualquer valor extra em caso de convocação extraordinária.

A vedação contida no art. 57, § 7º, da CF/1988, deve ser entendida como de reprodução obrigatória para os parlamentares dos Estados-Membros (art. 27, § 2º, da CF/1988[13]) e do DF (art. 32, § 3º, da CF/1988[14]) e, em nosso entender, também de observância compulsória para os parlamentares municipais, tendo em vista o princípio da moralidade da legislação e, acima de tudo, da simetria.[15]

Nessa linha de moralização, o Congresso Nacional já havia abolido o pagamento da ajuda de custo durante a convocação extraordinária, mediante alteração do art. 3º, caput e revogação do art.3º, § 1º do DL nº 7/1995 pelo DL nº 1/2006.

Mas atenção: nos termos do art. 3º do DL nº 7/1995, continua devida ao parlamentar, no início e no final previstos para a sessão legislativa ordinária, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração, ficando vedado o seu pagamento, contudo, na sessão legislativa extraordinária.

A ajuda de custo destina-se, a teor do revogado do art. 3º, § 1º, do DL nº 7/1995, à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa.

Portanto, com a novidade trazida pelo DL nº 1/2006 e pela EC nº 50/2006, durante a convocação extraordinária, não mais cabe o pagamento de ajuda de custo, nem mesmo o pagamento de qualquer parcela indenizatória em razão da convocação. No entanto, em consonância com a nova redação conferida ao caput do art. 3º do DL nº 7/1995 (pelo DL nº 1/2006), ainda persiste o pagamento de ajuda de custo durante a sessão legislativa ordinária.

Excepcionando a regra geral do art. 57, § 7º, da CF/1988, que limita o Congresso Nacional, na sessão legislativa extraordinária, a deliberar somente sobre a matéria para a

---

[13] Art. 57, § 2º, da CF/1988: "O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por Lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os art. 39, § 4º, art. 57, § 7º, art. 150, II, art. 153, III, e art. 153, § 2º, I, da CF/1988"

[14] Art. 32, § 3º, da CF/1988: "Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27, da CF/1988".

[15] No tocante aos parlamentares estaduais, o STF já se posicionou: "o art. 57, § 7º, da CF/1988, veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão de convocação extraordinária. Essa norma é de reprodução obrigatória pelos Estados-membros por força do art. 27, § 2º, da CF/1988. A Constituição é expressa, no art. 39, § 4º, da CF/1988, ao vedar o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória ao subsídio percebido pelos parlamentares" (ADI 4.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

qual foi convocado, a EC nº 32/2001, trouxe uma única exceção, qual seja, a possibilidade de apreciação de medidas provisórias que estiverem em vigor na data da referida convocação extraordinária.

Assim, de acordo com o art. 57, § 8º, da CF/1988, acrescentado, "havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação".

9.7.3 Reunião em sessão conjunta

Em determinadas hipóteses, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta.

Isso se dará, entre outros casos previstos na Constituição, para (cf. o art. 57, § 3º, da CF/1988):

I – inaugurar a sessão legislativa;

II – elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;

III – receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;

IV – conhecer do veto e sobre ele deliberar.

9.7.4 Sessão preparatória e Mesas Diretoras

Não obstante já tenhamos observado que a sessão legislativa ordinária só começa em 2 de fevereiro, cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

Devemos deixar consignado que essa proibição não se verifica nas hipóteses de legislaturas distintas (lembrando ser a legislatura o período de 4 anos). Nesse sentido, o art. 5º, § 1º, RICD, é expresso ao estabelecer não ser considerada recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes, ainda que sucessivas.

Para se ter um exemplo, recordamos a recondução do Senador Renan Calheiros, reeleito presidente do Senado Federal para o biênio 2015-2016, após já ter sido Presidente da Casa e, portanto, da Mesa, no biênio anterior.

Verifica-se, ainda, que excepcionalmente o recesso parlamentar poderá ser de 54, e não 55 dias, já que, pela regra fixada no art. 57, § 4º, da CF/1988, em referidas hipóteses, o Congresso Nacional será reunido, ordinariamente, a partir de 1º de fevereiro.

As Mesas Diretoras de cada Casa exercem funções administrativas (de polícia, execução e administração), devendo, no tocante à sua Constituição, ser assegurada, tanto quanto

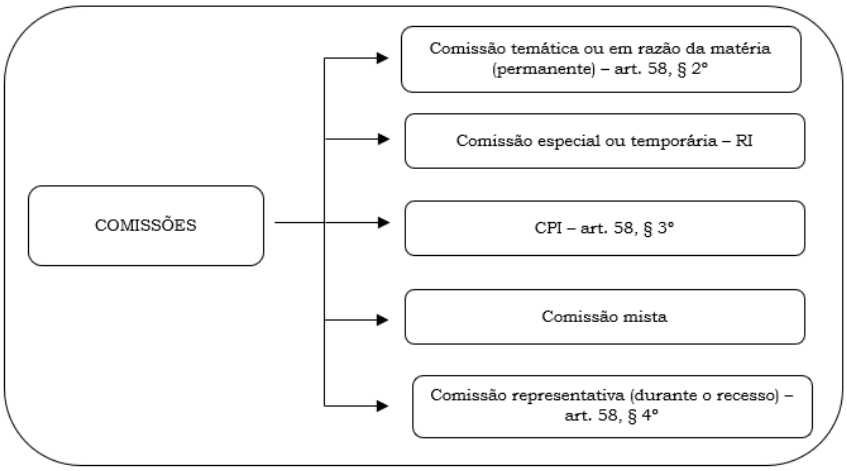
possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva casa (art. 58, § 1º, da CF/1988).

Temos, então, a Mesa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e a Mesa do Congresso Nacional, sendo a esta última, de acordo com o art. 57, § 5º, da CF/1988, estabelecidas algumas regras:

• presidência da Mesa do Congresso Nacional: Presidente do Senado Federal;

• demais cargos da Mesa do Congresso Nacional: serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Dessa forma, se a presidência é ocupada por um membro do Senado Federal (no caso o Presidente do Senado Federal), a 1ª Vice-presidência será ocupada por um membro da Câmara; o 2º Vice-presidente do Senado; o 1º Secretário por um membro da Câmara; o 2º Secretário por um do Senado; o 3º Secretário da Câmara e o 4º Secretário do Senado.

9.8 Das Comissões Parlamentares



José Afonso da Silva define as comissões parlamentares como "organismos constituídos em cada Câmara, composto de número geralmente restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as proposições legislativas e apresentar pareceres".[16]

De acordo com o art. 58, da CF/1988, as comissões podem ser permanentes ou temporárias e serão constituídas na forma e com as atribuições previstas no regimento interno do Congresso Nacional e de cada Casa, já que existirão comissões do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Estabelece o art. 58, § 1º, da CF/1988, que na Constituição das Mesas e de cada Comissão é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

---

[16] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

Passemos, então, a examinar cada uma delas.

9.8.1 Comissão temática ou em razão da matéria (permanentes)

As comissões temáticas estabelecem-se em razão da matéria e são permanentes (cf. art. 72 do Regimento Interno do Senado Federal e art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

De acordo com o art. 58, § 2º, da CF/1988, compete-lhes:

I – discutir e votar projeto de Lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições, sob pena de cometer crime de responsabilidade (art. 50, da CF/1988);

IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

9.8.2 Comissão especial ou temporária

As comissões especiais são criadas para apreciar uma matéria específica, extinguindo-se com o término da legislatura ou cumprida a finalidade para a qual foram criadas.[17]

9.8.3 Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)

9.8.3.1 Regras gerais

As regras sobre as CPIs estão disciplinadas no art. 58, § 3º, da CF/1988, na Lei nº 1.579/1952 (alterada pelas Leis nº 10.679/2003 e 13.367/2016), na Lei nº 10.001/2000, na LC nº 105/2001 e nos Regimentos Internos das Casas.

De acordo com as definições normativas, pode-se afirmar que as CPIs são comissões temporárias, destinadas a investigar fato certo e determinado.

---

[17] O art. 74 do Regimento Interno do Senado Federal, só para dar um exemplo, estabelece que as comissões temporárias serão: a) internas – as previstas no Regimento para finalidade específica; b) externas – destinadas a representar o Senado em congressos, solenidades e outros atos públicos; c) parlamentares de inquérito – criadas nos termos da Constituição, art. 58, § 3º, da CF/1988. A CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) será estudada em tópico separado.

Entendemos que esse papel desempenhado de fiscalização e controle da Administração é verdadeira função típica do Poder Legislativo, tanto que o art. 70, caput, da CF/1988 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Ainda, a função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo consagra a perspectiva dos freios e contrapesos, muito bem delimitada na Constituição de 1988.

9.8.3.2 Criação

De acordo com o art. 58, § 3º, da CF/1988, as CPIs serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de 1/3 da totalidade de seus membros.

Vale dizer, as CPIs somente serão criadas por requerimento de, no mínimo, 171 Deputados (1/3 de 513) e de, também, no mínimo, 27 Senadores (1/3 de 81), em conjunto ou separadamente.

Para sua criação, portanto, 3 requisitos indispensáveis deverão ser observados:

• requerimento subscrito por, no mínimo, 1/3 da totalidade dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto ou separadamente;

• indicação, com precisão, de fato determinado a ser apurado na investigação parlamentar;

• indicação de prazo certo (temporariedade) para o desenvolvimento dos trabalhos.

9.8.3.3 Direito público subjetivo das minorias

A discussão sobre a temática do direito público subjetivo das minorias surgiu no bojo da CPI do Apagão Aéreo, instalada para investigar as causas, as consequências e os responsáveis pela crise ocorrida no setor aéreo brasileiro, observados os requisitos do art. 58, § 3º, da CF/1988.

Após ter sido efetivamente instalada, o pleno da Câmara dos Deputados desconstituiu o ato de criação da CPI. Contra esse ato da Mesa e do presidente da Câmara dos Deputados, foi impetrado mandado de segurança, e o STF, seguindo o voto do Min. Celso de Mello, determinou a instauração da CPI, sob pena de violação do direito público subjetivo das minorias, mesmo contra a vontade da maioria da Casa. Verdadeiro direito de oposição,

reconhecido, inclusive, às minorias (MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, Plenário, DJE de 2009).

9.8.3.4 Objeto

A CPI, ao ser instaurada, deve ter por objeto a apuração de fato determinado (cf. HC 71.039).

Considera-se fato determinado, de acordo com o art. 35, § 1º, do RICD, o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de Constituição da Comissão, não podendo, portanto, a CPI ser instaurada para apurar fato exclusivamente privado ou de caráter pessoal.

Nesse sentido, diante de um mesmo fato, pode ser criada CPI na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, em conjunto, a CPMI (comissão parlamentar mista de inquérito), ou, ainda, a investigação poderá ser conduzida pelo Judiciário, por outros órgãos ou, até, por CPIs nos outros entes federativos, se houver interesse comum, devendo cada qual atuar nos limites de sua competência.

O art. 146 do RISF estabelece, contudo, que não se admitirá comissão parlamentar de inquérito sobre matérias pertinentes:

- à Câmara dos Deputados;
- às atribuições do Poder Judiciário;
- aos Estados.

Observa-se, também, a possibilidade de instauração de CPIs simultâneas dentro de uma mesma Casa, sendo que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no seu art. 35, § 4º, determinou o limite de 5, restrição essa declarada constitucional pelo STF por estar em consonância com o art. 51, III e IV, da CF/1988, que conferem à Câmara "a prerrogativa de elaborar o seu regimento interno e dispor sobre sua organização. Tais competências são um poder-dever que permite regular o exercício de suas atividades constitucionais" (ADI 1.635, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2000).

9.8.3.5 Prazo

A CPI, por ser uma comissão temporária, deve ser criada por prazo certo.

A teor do art. 35, § 3º, do RICD, a CPI na Câmara, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá o prazo de 120 dias, prorrogável por até metade do prazo, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos.

Estabelecendo requisito temporal, o art. 76 do RISF, por sua vez, prescreve que as comissões temporárias, e, no caso, a CPI é uma comissão temporária, se extinguem:

• pela conclusão da sua tarefa; ou

• ao término do respectivo prazo; e

• ao término da sessão legislativa ordinária.

O art. 76, § 1º e § 4º, do RISF, estabelecem, contudo, ser lícito à comissão que não tenha concluído a sua tarefa requerer a prorrogação do respectivo prazo, sendo que, no caso da CPI, essa prorrogação não poderá ultrapassar o período da legislatura em que for criada.

9.8.3.6 Poderes

As CPIs terão poderes de investigação, próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das Casas.[18]

A comissão parlamentar de inquérito realiza, assim, verdadeira investigação, materializada no inquérito parlamentar, que se qualifica como um "... procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria" (MS 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2000).

Em razão dos poderes instrutórios que lhe foram conferidos, à semelhança dos juízos de instrução, o art. 2º, da Lei nº 1.579/1952, na redação dada pela Lei nº 13.367/2016, estabelece que, no exercício de suas atribuições, poderão as CPIs determinar diligências que reputem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar da administração pública direta, indireta ou fundacional informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.

Consoante já decidiu o STF, a CPI pode, por autoridade própria, ou seja, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial, sempre por decisão fundamentada e motivada, observadas todas as formalidades legais, determinar:

• quebra do sigilo fiscal;

• quebra do sigilo bancário;

---

[18] Por exemplo, o art. 148, do RISF, estabelece que, no exercício das suas atribuições, a comissão parlamentar de inquérito terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, facultada a realização de diligências que julgar necessárias; podendo convocar Ministros de Estado, tomar o depoimento de qualquer autoridade, inquirir testemunhas, sob compromisso, ouvir indiciados, requisitar de órgão público informações ou documentos de qualquer natureza, bem como requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeções e auditorias que entender necessárias. Confira, ainda, o art. 36, do RICD. Uma observação: falar-se em poder de investigação próprio de autoridade judicial é restringir a atuação das CPIs, lembrando que o direito brasileiro, diferente do italiano, que influenciou a regra sobre as CPIs, rege-se pelo sistema acusatório, e não inquisitório, na medida em que a atividade típica de investigação é atribuição da Polícia Judiciária, ligada ao Poder Executivo.

• quebra do sigilo de dados; neste último caso, destaque-se o sigilo dos dados telefônicos.[19]

Explicitando este último ponto, conforme se destaca abaixo, dentro da ideia de postulado de reserva constitucional de jurisdição, o que a CPI não tem é a competência para quebra do sigilo da comunicação telefônica (interceptação telefônica).

No entanto, pode a CPI requerer a quebra de registros telefônicos pretéritos, ou seja, os dados de conversas já ocorridas em determinado período.

Convém destacar o art. 4º, § 1º, da LC nº 105/2001,[20] ao estabelecer que as CPIs, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e os documentos sigilosos de que necessitarem diretamente das instituições financeiras ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, devendo referidas solicitações ser previamente aprovadas pelo pleno da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do pleno de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

Dentro do conceito de poder investigatório da CPI, ela ainda tem o direito de:

• ouvir testemunhas, sob pena de condução coercitiva: as testemunhas prestarão compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho. A elas é também assegurada a prerrogativa contra a autoincriminação, garantindo-se o direito ao silêncio, ou quando deva guardar sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (art. 207, do CPP, e art. 388, II, do CPC – cf. HC 79.598/STF);

Devemos alertar que o STF, por 6 x 5, julgou procedentes as ADPFs nº 395 e 444, "para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260, do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Deixando claro o objeto da controvérsia, esclarecemos que referido julgado analisou apenas a condução coercitiva de investigados ou réus – perante a autoridade policial ou

---

[19] Conforme ponderou o Min. Celso de Mello, "com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – enquanto depositária desses elementos informativos – a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. (...). Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da CF/1988, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social – a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade" (MS 23.452/RJ, Min. Celso de Mello, DJ de 2000). Vide, ainda, MS 23.880/DF, Min. Celso de Mello, DJU de 2001.

[20] A necessidade de Lei complementar decorre do art. 192, da CF/1988 (sistema financeiro nacional).

judicial –, para o interrogatório (direito ao silêncio, presunção de não culpabilidade, liberdade de locomoção, dignidade da pessoa humana) e não para outras situações de condução coercitiva, como no caso de testemunhas (inclusive perante a CPI), ou, ainda, de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, por exemplo, o reconhecimento, que continuam sendo admitidos.

Em momento seguinte, o art. 10, da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) prescreveu o seguinte crime: "decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo".

• ouvir investigados ou indiciados: a CPI, contudo, deverá respeitar, retome-se, o direito ao silêncio do investigado ou indiciado, que poderá deixar de responder às perguntas que possam incriminá-lo (HC 80.584-PA, Rel. Min. Néri da Silveira, 2001).

Esse limite ganhou relevância em razão das diversas CPIs para a investigação dos supostos escândalos que envolveram o governo Lula, principalmente durante os meses de julho e agosto de 2005, tendo sido expedidos diversos "salvo-condutos" possibilitando ao requerente, no interrogatório da CPI, ser tratado como investigado.

Para se ter um exemplo, citamos o voto da Ministra Ellen Gracie, que concedeu *habeas corpus* preventivo ao publicitário Marcos Valério Fernandes de Souza para depor na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos Correios, na Câmara dos Deputados, na condição de investigado.

Argumenta a Ministra que "... às Comissões Parlamentares de Inquérito poder-se-ão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados da garantia constitucional da não autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados (HC 79.812, Celso de Mello; HC 79.244, Sepúlveda Pertence; HC 84.335, Ellen Gracie; HC 83.775, Joaquim Barbosa; HC 85.836, Carlos Velloso). Diante do exposto, defiro a liminar para que o paciente seja dispensado de firmar termo de compromisso legal de testemunha, ficando-lhe assegurado o direito de se calar sempre que a resposta à pergunta, a critério dele, paciente, ou de seu advogado, possa atingir a garantia constitucional de não autoincriminação. Comunique-se com urgência. Expeça-se salvo-conduto. Publique-se. Brasília, 5 de julho de 2005" (HC 86.232/DF, DJ de 2005).

Nesse sentido, destacamos os salvo-condutos expedidos em favor do ex-tesoureiro e do ex-secretário-geral do Partido dos Trabalhadores (PT), Delúbio Soares e Silvio José Pereira, para deporem na CPI Mista dos Correios, na condição de investigados (HC 86.319).

Outrossim, muito bem fundamentada a decisão proferida pelo Ministro Peluso ao deferir liminar requerida em favor de Waldomiro Diniz, para que, sempre que convocado a depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos, tenha o "... direito de permanecer em silêncio se a resposta à pergunta implicar risco de autoincriminação. Além disso, ele

poderá ser acompanhado de advogado e terá garantido o direito de não ser preso ao invocar o direito constitucional de não se autoincriminar" (Notícias STF, 2005, HC 86.426).

Analisando a doutrina alemã, também assim a decisão do Ministro Gilmar Mendes, que, em sede de cautelar, expediu salvo-conduto para o presidente do Grupo Opportunity, Daniel Valente Dantas, permanecer calado durante depoimento à CPMI dos Correios sobre os fatos que possam implicar a sua autoincriminação (Notícias STF, 2005, HC 86.724).

E como fica a situação de esposa de investigado?

Tivemos um caso concreto analisado pelo STF no HC 86.355, impetrado por Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza, esposa do publicitário Marcos Valério. Segundo noticiado, o Ministro Jobim "... afirmou que Renilda Souza deve atender à convocação da CPMI, nos dias e horas marcados, mas não é obrigada a assinar o compromisso de dizer a verdade. No entanto, ela deverá "responder a todas as perguntas que lhe forem formuladas". O Ministro observou que, de acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro (art. 203, c/c art. 206 e art. 208, do CPP), a testemunha não pode se eximir da obrigação de depor, mas, sendo cônjuge de um dos investigados, não é obrigada a firmar o compromisso de dizer a verdade" (Notícias STF, 2005, em que se pode verificar a íntegra da decisão).

Lembramos, ainda, o dever de a CPI permitir a presença de advogados, exercendo a defesa técnica, com todas as prerrogativas asseguradas pelo Estatuto da Advocacia.

9.8.3.7 O princípio da separação de "poderes" e a impossibilidade de a CPI investigar atos de conteúdo jurisdicional

Deve-se consignar que o princípio da separação de poderes serve de baliza e limitação material para a atuação parlamentar, e, desse modo, a CPI não tem poderes para investigar atos de conteúdo jurisdicional, não podendo, portanto, rever os fundamentos de uma sentença judicial.

Apesar disso, o Min. Celso de Mello adverte: "... isso não significa, porém, que todos os atos do Poder Judiciário estejam excluídos do âmbito de incidência da investigação parlamentar. Na verdade, entendo que se revela constitucionalmente lícito, a uma Comissão Parlamentar de Inquérito, investigar atos de caráter não jurisdicional emanados do Poder Judiciário, de seus integrantes ou de seus servidores, especialmente se se cuidar de atos, que, por efeito de expressa determinação constitucional, se exponham à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Legislativo (art. 70 e art. 71, da CF/1988) ou que traduzam comportamentos configuradores de infrações político-administrativas eventualmente praticadas por Juízes do STF (art. 39, da Lei nº 1.079/1950),

que se acham sujeitos, em processo de impeachment, à jurisdição política do Senado da República (art. 52, II, da CF/1988)" (voto no HC 79.441, j. 2000).

9.8.3.8 Postulado de reserva constitucional de jurisdição

Muito embora o constituinte originário tenha conferido poderes à CPI, restritos à investigação, referidos poderes não são absolutos, devendo sempre ser respeitado o postulado da reserva constitucional de jurisdição.

Conforme definiu o Ministro Celso de Mello, "o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"" (MS 23.452).

Isso significa que a CPI não poderá praticar determinados atos de jurisdição atribuídos exclusivamente ao Poder Judiciário, vale dizer, atos propriamente jurisdicionais. Veda-se, portanto, à CPI:

• diligência de busca domiciliar: a busca domiciliar, nos termos do art. 5º, XI, da CF/1988, verificar-se-á com o consentimento do morador, sendo que, na sua falta, ninguém poderá adentrar na casa, asilo inviolável, salvo em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, durante o dia ou à noite, mas, durante o dia, somente por determinação judicial, não podendo a CPI tomar para si essa competência, que é reservada ao Poder Judiciário;[21]

• quebra do sigilo das comunicações telefônicas (interceptação telefônica): de acordo com o art. 5º, XII, da CF/1988, a quebra do sigilo telefônico somente poderá ser verificada por ordem judicial (e não da CPI ou qualquer outro órgão), para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

• ordem de prisão, salvo no caso de flagrante delito, por exemplo, por crime de falso testemunho (STF, HC 75.287-0, DJ de 1997): isso porque a regra geral sobre a prisão prevista

[21] "As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF/1988 atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário (art. 5º, XI, da CF/1988: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"). Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança contra ato da CPI do Narcotráfico que ordenara a busca e apreensão de documentos e computadores na residência e no escritório de advocacia do impetrante – para efeito da garantia do art. 5º, XI, da CF/1988, o conceito de casa abrange o local reservado ao exercício de atividade profissional –, para determinar a imediata devolução dos bens apreendidos, declarando ineficaz a eventual prova decorrente dessa apreensão. Ponderou-se, ainda, que o fato de ter havido autorização judicial para a perícia dos equipamentos apreendidos não afasta a ineficácia de tais provas, devido à ilegalidade da prévia apreensão. Precedente citado: MS 23.452-RJ (DJU 2000, v. Transcrições dos Informativos 151 e 163)" (Inf. 212/STF).

no art. 5º, LXI, da CF/1988, determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (e não CPI) competente, ressalvados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em Lei – prisão disciplinar (vide RDA 196/195, Rel. Min. Celso de Mello; RDA 199/205, Rel. Min. Paulo Brossard) e a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida durante o estado de defesa e não superior a 10 dias, devendo ser imediatamente comunicada ao juiz competente (art. 136, § 3º, I ao IV, da CF/1988).

Outra questão, que pode ser indagada nas provas e já resolvida pelo STF, diz respeito às medidas assecuratórias, pertinentes à eficácia de eventual sentença condenatória.

Em primoroso trabalho sobre as CPIs, Cássio Juvenal Faria assevera que "os provimentos dessa natureza, como o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, previstos nos art. 125 e ss. do CPP, bem como a decretação da indisponibilidade de bens de uma pessoa, medida que se insere no poder geral de cautela do juiz, são atos tipicamente jurisdicionais, próprios do exercício da jurisdição cautelar, quando se destinam a assegurar a eficácia de eventual sentença condenatória, apartando-se, assim, por completo, dos poderes da comissão parlamentar de inquérito, que são apenas de "investigação"".[22]

9.8.3.9 Postulado da colegialidade

De acordo com a doutrina e a jurisprudência do STF, a eficácia das deliberações dos parlamentares integrantes da CPI deve observar o postulado da colegialidade, devendo as decisões ser tomadas pela maioria dos votos e não isoladamente. Nesse sentido:

"O princípio[23] da colegialidade traduz diretriz de fundamental importância na regência das deliberações tomadas por qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, notadamente quando esta, no desempenho de sua competência investigatória, ordena a adoção de medidas restritivas de direitos, como aquelas que importam na revelação ("*disclosure*") das operações financeiras ativas e passivas de qualquer pessoa. A legitimidade do ato de quebra do sigilo bancário, além de supor a plena adequação de tal medida ao que prescreve a Constituição, deriva da necessidade de a providência em causa respeitar, quanto à sua adoção e efetivação,

---

[22] FARIA, Cássio Juvenal: *Comissões parlamentares de inquérito*. Nesse sentido a jurisprudência do STF: "As Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI têm poderes de investigação vinculados à produção de elementos probatórios para apurar fatos certos e, portanto, não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória (art. 125, do CPP), uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes. Com esse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança para tornar sem efeito ato do Presidente da chamada CPI dos Bancos que decretara a indisponibilidade dos bens dos impetrantes. Precedente citado: MS 23.452-DF (DJU de 1999. Leia o inteiro teor da decisão na seção de Transcrições do Informativo 151). MS 23.446-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1999" (Inf. 158/STF). Vide, também, Inf. 170/STF. Cf. Lei nº 11.435/2006, que altera os art. 136, art. 137, art. 138, art. 139, art. 141 e art. 143 do CPP, para substituir a expressão "sequestro" por "arresto", com os devidos ajustes redacionais.

[23] De maneira acertada, como afirma Lenio Streck, trata-se de "regra" e não de "princípio". Cf.: O fator *stoic mujic*, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje, CONJUR, 2016.

o princípio da colegialidade, sob pena de essa deliberação reputar-se nula" (MS 24.817, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2005, Plenário, DJE de 2009).

9.8.3.10 Motivação

Toda deliberação da CPI deverá ser motivada, sob pena de padecer do vício de ineficácia (art. 93, IX, da CF/1988).

Para o Ministro Celso de Mello, "as deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal" (MS 23.452/RJ, DJ de 2000).

9.8.3.11 Conclusões

As CPIs não podem nunca impor penalidades ou condenações. Os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da CPI respectiva e a resolução que o aprovar aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados ou, ainda, às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência e, assim, existindo elementos, para que promovam a responsabilização civil, administrativa ou criminal dos infratores.

Dependendo dos limites da atuação ministerial (na medida em que ao Ministério Público está vedada a representação judicial de entidades públicas – art. 129, IX, da CF/1988), entendemos que o relatório deva ser encaminhado, também, para a Advocacia-Geral da União e outros órgãos que exercem a representação judicial e consultoria das respectivas unidades federadas, para que promovam eventual responsabilização civil (nesse sentido, cf. a introdução do art. 6º-A, da Lei nº 1.579/1952 pela Lei nº 13.367/2016).

Deixando mais claro e disciplinando a matéria, o art. 37 do RICD determina, ao término dos trabalhos, o encaminhamento de relatório circunstanciado, com as conclusões:

• à Mesa, para as providências de alçada desta ou do Plenário, oferecendo, conforme o caso, projeto de lei, de Decreto Legislativo ou de resolução, ou indicação, que será incluída na Ordem do Dia dentro de cinco sessões;

• à Advocacia-Geral da União ou ao Ministério Público, com a cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais;

• ao Poder Executivo, para adotar as providências saneadoras de caráter disciplinar e administrativo decorrentes do art. 37, § 2º ao § 6º, da CF/1988, e demais dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, assinalando prazo hábil para seu cumprimento;

• à Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria, à qual incumbirá fiscalizar o atendimento do prescrito no inciso anterior;

• à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1º, da CF/1988;

• ao Tribunal de Contas da União, para as providências previstas no art. 71, da CF/1988.

O art. 1º, da Lei nº 10.001/2000, determinou que os Presidentes da CD, do SF ou do CN encaminharão o relatório da CPI respectiva, e a resolução que o aprovar, aos chefes do MP da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência, na medida em que a CPI, como vimos, só investiga, não julga nem aplica qualquer tipo de penalidade.

Referida autoridade, a quem for encaminhada a resolução, que aprovou o relatório da CPI, informará ao remetente, no prazo de 30 dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão, sendo que a autoridade que presidir processo ou procedimento, administrativo ou judicial, instaurado em decorrência de conclusões de CPI, comunicará, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão, garantindo-se ao referido processo ou ao procedimento prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança, sujeitando-se a autoridade às sanções administrativas, civis e penais em razão de eventual descumprimento das normas, da Lei em comento.

9.8.3.12 Competência originária do STF

É da competência originária do STF processar e julgar MS e HC impetrados contra CPIs constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou de quaisquer de suas Casas.

Isso porque, conforme já decidiu a Suprema Corte, "... a Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão a *longa manus* do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de *habeas corpus*, ao controle jurisdicional originário do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d" e "i", da CF/1988)" (MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2000).

9.8.3.13 A regra da prejudicialidade

A jurisprudência do STF, por regra, determina a prejudicialidade das "... ações de mandado de segurança e de *habeas corpus*, sempre que – impetrados tais mandados constitucionais contra Comissões Parlamentares de Inquérito – vierem estas a extinguir-se, em virtude da conclusão de seus trabalhos investigatórios, independentemente da aprovação, ou não, de seu relatório final" (MS 23.852-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2001, e julgados reafirmando a jurisprudência, como HC 100.200, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010; MS 25.459-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010; MS 34.318, j. 2017; MS 36.518, j. 2019).

9.8.3.14 A questão específica da quebra do sigilo bancário

Precedente envolvendo a Receita Federal

A questão específica sobre a quebra do sigilo bancário e a discussão acerca da necessidade ou não de autorização judicial foi, em um primeiro momento, decidida pelo STF no julgamento do RE 389.808 (j. 2010).

A discussão surgiu em decorrência de comunicado feito pelo Banco Santander a determinada empresa, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, partindo de mandado de procedimento fiscal e com base na LC nº 105/2001, havia requerido àquela instituição financeira a entrega de informações sobre movimentação bancária da empresa durante o período de 1998 a julho de 2001.

Diante dessa notícia, a empresa buscou o Judiciário, e, após várias medidas, a decisão final veio do STF, que, no caso concreto, por 5 x 4, concluiu pela necessidade de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário, por se tratar de verdadeira cláusula de reserva de jurisdição, não tendo, portanto, o Fisco esse poder (RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2010, Plenário, DJE de 2011).

O Min. Celso de Mello, em seu voto (inclusive, na AC 33), sustentou um verdadeiro ""estatuto constitucional do contribuinte" – consubstanciador de direitos e limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado", destacando-se, no caso, o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF/1988).

CUIDADO: em momento seguinte, o pleno do STF, por 9 x 2, mudou o entendimento sobre a situação específica envolvendo a Receita Federal: não se trata de situação de quebra de sigilo, mas, no fundo, de transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, com finalidade de natureza eminentemente fiscal, para que a administração tributária possa, então, cumprir o comando previsto no art. 145, § 1º, da CF/1988.

Nesse sentido, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, firmou a seguinte tese: "o art. 6º da LC nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do

princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal" (RE 601.314, j. 2016, Plenário, DJE de 2016). Nessa linha, na mesma data, o julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 – cf. item 14.10.8.1.

E como fica a questão específica das CPIs e demais instituições?

A jurisprudência do STF, diante da cláusula constitucional de que as comissões parlamentares de inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, entende que as CPIs, por ato próprio, podem determinar a quebra do sigilo bancário, mesmo sem a autorização judicial. O fundamento está na própria regra do art. 58, § 3º, da CF/1988, (poderes de investigação próprios das autoridades judiciais).

O STF tem tido, também, mesmo em relação às CPIs, a preocupação de manutenção do sigilo das informações. Conforme estabeleceu o Min. Celso de Mello, "com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – enquanto depositária desses elementos informativos –, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos" (MS 23.452 – cf., no mesmo sentido, MS 25.686 e MS 25.940).

Nessa linha, em relação ao sigilo bancário e à reserva de jurisdição, destacamos a evolução da jurisprudência da Corte no tocante à possibilidade de transferência de informações desde que preservado o sigilo.

Em um primeiro momento, o STF admitiu a relativização da regra da reserva de jurisdição na hipótese de contas públicas, em razão dos princípios da publicidade e da moralidade (art. 37, da CF/1988), flexibilizando a proteção do direito à intimidade/privacidade. Não se tratava da quebra do sigilo em si, mas da transferência de informações, desde que preservado o sigilo: "o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos". Nesse sentido, o STF admitiu o conhecimento de informações diretamente, tanto por parte do TCU (MS 33.340) como pelo Ministério Público (RHC 133.118), devendo ser mantido o sigilo.

Em seguida, a Corte evoluiu de modo genérico em relação à possibilidade de transferência do sigilo para os órgãos de persecução penal (Ministério Público e Autoridades Policiais). Vejamos: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de

comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" (RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, 2019 – Tema 990 da repercussão geral).

Assim, podemos esquematizar:

• possibilidade de quebra do sigilo bancário: o Poder Judiciário e as CPIs (federais, estaduais e distritais), que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (não incluindo aqui as CPIs municipais, conforme será explicitado abaixo);

• contas públicas – conhecimento do destino de recursos públicos – relativização da regra geral: "o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos". Nesse sentido, o STF admitiu o conhecimento de informações diretamente, tanto por parte do TCU (MS 33.340) como pelo Ministério Público (RHC 133.118);

• transferência de sigilo do órbita bancária para a fiscal (a Administração Tributária, cumprindo o comando previsto no art. 145, § 1º, da CF/1988, tem poderes para requisitar, por ato próprio, o envio de informações bancárias, desde que na forma do art. 6º da LC nº 105/2001, o que deve ser entendido como translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal): "o art. 6º da LC nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal" (RE 601.314, j. 2016, Plenário, DJE de 2016). Nessa linha, na mesma data, o julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859;

• transferência de informações para os órgãos de persecução penal para fins criminais, devendo ser mantido o sigilo: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" (RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, 2019 – tema 990 da repercussão geral – pendente a publicação do acórdão).

9.8.3.15 Sigilo bancário e CPIs estaduais

Sendo o direito de "quebra" do sigilo assegurado às CPIs federais, na medida em que elas têm "poder de investigação próprio das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º, da CF/1988), necessariamente, dentro da ideia de simetria e de autonomia federativa, esses poderes também devem ser assegurados às CPIs estaduais.

Existem precedentes admitindo o poder de quebra do sigilo fiscal pela CPI estadual, desde que, naturalmente, fundamentado o pedido. Nessa linha:

"Ação cível originária. Mandado de segurança. Quebra de sigilo de dados bancários determinada por CPI de Assembleia Legislativa. Recusa de seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil. LC Nº 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na CF/1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de *checks-and-counterchecks* adotado pela CF/1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos Estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a LC Nº 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da CF/1988" (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2004, Plenário, DJ de 2005).

Em certa passagem de seu voto, o Relator destaca argumentação do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 98 (j. 1997), que sugere ""... uma terceira modalidade de limitações à autonomia constitucional dos Estados: além dos grandes princípios e das vedações – esses e aqueles, implícitos ou explícitos – hão de acrescentar-se às normas constitucionais centrais que, não tendo o alcance dos princípios, nem o conteúdo negativo das vedações, são, não obstante, de absorção compulsória – com ou sem reprodução expressa – no ordenamento parcial dos Estados e Municípios". Entendo que a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito seja uma dessas normas de absorção compulsória nos Estados-Membros, destinada a garantir o potencial do poder legislativo em sua função de fiscal da administração".

O tema, amplamente discutido na referida ACO 730, cujo resultado foi bastante apertado, por 6 x 5 (lembrando que a composição, à época, era totalmente distinta da atual), voltou a ser analisado pelo STF, no julgamento da ACO 1.271 (conhecida como mandado de segurança), tendo havido os votos do Min. Joaquim Barbosa (que concedia a ordem) e do Min. Eros Grau (que a denegava), quando, em 2010, houve pedido de vista pelo Min. Dias Toffoli, devolvido em 2011 (cf. Inf. 578/STF – matéria pendente de julgamento pelo STF).

Na referida ação, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro atacava ato do chefe da Superintendência Regional da Receita Federal, que, diante de pedido formulado pela "CPI das Milícias", negou o fornecimento de informações fiscais a respeito dos investigados,

com base no dever de sigilo fiscal, uma vez que as atribuições conferidas pelo art. 58, § 3º, da CF/1988, às CPIs federais não se estenderiam às CPIs no âmbito estadual.

Em 2014, contudo, o Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido formulado na ACO 1.271, tendo em vista o encerramento dos trabalhos da CPI, votando, assim, pela prejudicialidade da ação por perda superveniente do seu objeto.

O tema, certamente, precisará ser mais bem debatido pela atual composição da Corte. No entanto, entendemos que o voto do Min. Dias Toffoli, apresentado para efeitos meramente históricos (já que se reconheceu a prejudicialidade da ação), poderá servir de segura orientação para decisões futuras.

Entendeu o Ministro que "a quebra de sigilo fiscal pelas comissões parlamentares de inquérito constitui instrumento inerente ao exercício da função fiscalizadora ínsita aos órgãos legislativos e, como tal, dela também podem fazer uso as CPIs instituídas pelas Assembleias Legislativas e pela Câmara Distrital, desde que observados, em resumo, os seguintes requisitos:

• deve dar-se mediante deliberação colegiada devidamente fundamentada;

• deve haver pertinência entre o objeto da investigação e as informações requisitadas, sendo necessário que se indique fato concreto que justifique tal medida excepcional;

• a atuação da comissão parlamentar estadual deve restringir-se à área de competência constitucional do Poder Legislativo do Estado, somente sendo investigáveis por ele os fatos que possam ser objeto de disciplina em lei, de controle ou de fiscalização parlamentar estadual;

• os dados obtidos podem ser usados somente no âmbito da investigação que lhe deu causa, devendo haver, obrigatoriamente, a preservação da confidencialidade dos dados fiscais, bancários e telefônicos repassados ao parlamento estadual".

Finalmente, destacamos que, em outra decisão, o Min. Joaquim Barbosa concedeu liminar autorizando a transferência de informações protegidas por sigilo fiscal para a CPI no âmbito da Assembleia Legislativa de São Paulo, que investiga supostas irregularidades e fraudes praticadas contra cerca de 3.000 mutuários da Cooperativa Habitacional dos Bancários do Estado de São Paulo – BANCOOP (MS 29.046, liminar proferida em 2010. Referido mandado de segurança, em 2011, foi julgado prejudicado, haja vista que a CPI encerrou os seus trabalhos).

Essa parece ser a melhor interpretação e na linha do que o STF já vinha decidindo (ACO 730), sob pena de se esvaziar o papel das CPIs estaduais.

9.8.3.16 Sigilo bancário e as CPIs distritais

E a discussão em relação às CPIs no âmbito da Câmara Legislativa do DF?

Apesar de ter o Distrito Federal a sua autonomia parcialmente tutelada pela União – e já discutimos a sua amplitude enquanto verdadeiro ente federativo –, parece, sim, razoável, que o mesmo entendimento que se dê aos Estados seja estendido para o DF, até porque, muito embora a sua posição particular na Federação, o DF se aproxima muito mais dos Estados que dos Municípios (por exemplo, cf. art. 32, § 2º, da CF/1988, que faz coincidir as eleições do Executivo Distrital com a dos Estados-Membros, e art. 32, § 3º, da CF/1988, que determina a aplicação do art. 27, da CF/1988 – que trata dos Estados –, aos Deputados Distritais).

Além do mais, o DF tem representação na Federação, já que elegerá 3 Senadores da República (art. 46, da CF/1988).

9.8.3.17 Sigilo bancário e as CPIs municipais

E as CPIs no âmbito da Câmara dos Vereadores, podem quebrar sigilo bancário?

Poderíamos considerar outros argumentos, como o risco de abuso por parte das referidas CPIs, sustentado por alguns autores. Porém, preferimos ficar com uma argumentação puramente jurídica e técnica.

Aqui – e o tema da *disclosure* ainda precisa ser mais bem debatido pelo STF –, entendemos, contudo, que a Câmara dos Vereadores, apesar de poder instaurar CPI, seguindo o modelo federal, não terá, por si, o poder de quebra do sigilo bancário.

Não estamos dizendo que a CPI não poderá investigar, até porque é função do Legislativo a fiscalização e o controle da administração pública.

Estamos sugerindo que, na hipótese de quebra de sigilo bancário no âmbito da CPI municipal, tenha de haver autorização judicial.

E não há problema em diferenciar os Legislativos de nossa Federação, já que, no Brasil, vigora aquilo que a doutrina denominou federalismo assimétrico (cf. item 7.3.2.3), ocupando o Município uma posição bastante particular.

Como se sabe, apesar de ser integrante da Federação, e isso não se discute (art. 1º e art.18, caput, da CF/1988), a posição dos Municípios não se confunde com a dos Estados e a do DF.

Os Municípios não elegem Senador e, assim, não têm uma representação direta na Federação.

Ainda, o Município, dentro da ideia de autogoverno, não tem Judiciário próprio, apesar de existir, naturalmente, a prestação jurisdicional nas comarcas e seções judiciárias.

Por esse motivo, ou seja, por ter uma posição bastante particular na Federação, sustentamos que as Câmaras Legislativas de Municípios, apesar de poderem instaurar CPIs, não poderão, por ato próprio, determinar a quebra de sigilo bancário.

Mas é possível essa distinção?

De acordo com o Min. Joaquim Barbosa, os poderes instrutórios não são extensíveis às CPIs municipais. Isso porque se trata, "... no modelo de separação de poderes da Constituição Federal, de uma excepcional derrogação deste poder para dar a uma casa legislativa poderes jurisdicionais, posto que instrutórios. Essa transferência de poderes jurisdicionais não se pode dar no âmbito do município, exatamente porque o município não dispõe de jurisdição nem de poder jurisdicional, a transferir, na área da CPI, do Judiciário ao Legislativo" (voto na ACO 730).

Concordamos com a conclusão, mas o nosso fundamento não é, exclusivamente, o fato de inexistir um Judiciário municipal, e sim a situação do Município na Federação, especialmente por não ter representação no Senado Federal.

Também não aceitando a quebra do sigilo bancário por CPI municipal, lembramos Eugênio Pacelli: "ao parlamento municipal não se deve mesmo reconhecer o poder de quebra de sigilo, exatamente em razão da posição que referidos entes (Municípios) ocupam na distribuição do Poder Público. Veja-se, por exemplo, a ampla limitação legiferante dos municípios (restrita às questões de interesse local), e, também, a inexistência de foros privativos, na Constituição da República, para os respectivos parlamentares (vereadores). Ora, sendo assim, não faria sentido permitir a eles poderes superiores às próprias prerrogativas".[24]

Tudo o que foi dito encontra fundamento na ACO 730 e em parte do julgamento da ACO 1.271 que, infelizmente, diante do encerramento da CPI, foi julgada prejudicada, sem a oportunidade de um melhor debate sobre a matéria e perante distinta composição. Para sabermos a posição dos atuais Ministros, teremos que aguardar o julgamento futuro sobre o tema (matéria pendente).

Resumindo o atual entendimento: os Municípios podem criar CPIs que, contudo, diferentemente das dos Estados e do DF, não poderão, por si, quebrar sigilo bancário.

9.8.4 Comissão mista

São formadas por Deputados e Senadores para apreciar, dentre outros e em especial, os assuntos que devam ser examinados em sessão conjunta pelo Congresso Nacional.

Devemos lembrar importante comissão mista permanente que é a comissão mista do orçamento, cujas finalidades estão expressas no art. 166, § 1º, da CF/1988.

9.8.5 Comissão representativa

[24] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: *Curso de processo penal.*

A comissão representativa apresenta a peculiaridade de constituir-se somente durante o recesso parlamentar (período fora da sessão legislativa, prevista no art. 57, caput, da CF/1988).

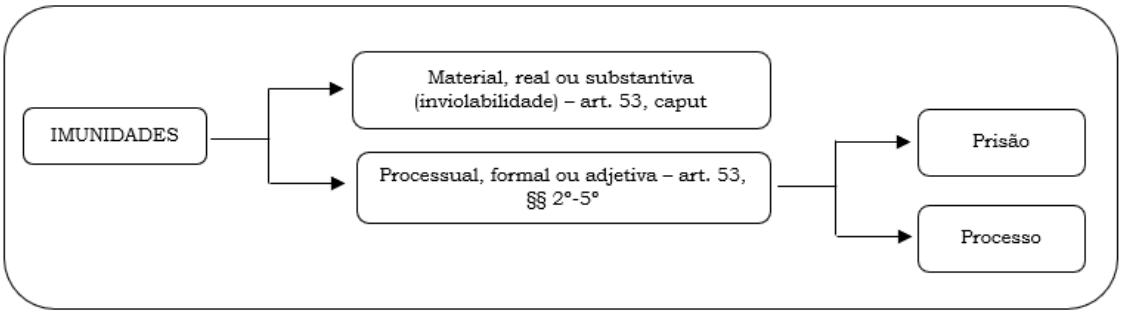
A representatividade será do Congresso Nacional, sendo a comissão eleita pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal na última sessão legislativa ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição deverá refletir, na medida do possível, a proporcionalidade da representação partidária (art. 58, § 4º, da CF/1988).

A redação do art. 58, § 4º, da CF/1988, aparece um pouco truncada, devendo ser interpretada da seguinte forma: a sessão legislativa é uma só e vai, na redação conferida ao art. 57, caput, da CF/1988, dada pela EC nº 50/2006, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. Cada sessão legislativa (anual) tem dois períodos legislativos, ou seja, um no primeiro semestre, quando será eleita a comissão representativa para o primeiro recesso do ano, que acontece de 18 a 31 de julho, e outro no segundo período da sessão legislativa (segundo semestre), momento em que se elegerá nova comissão representativa para o segundo recesso, que irá de 23 de dezembro a 1º de fevereiro do ano seguinte.

9.9 Imunidades Parlamentares

9.9.1 Aspectos introdutórios

Imunidades parlamentares são prerrogativas inerentes à função parlamentar, garantidoras do exercício do mandato, com plena liberdade. Não se trata de direito pessoal ou subjetivo do Parlamentar, na medida em que, como se disse, decorre do efetivo exercício da função parlamentar. Assim, não podemos confundir prerrogativa com privilégio.



Referidas prerrogativas, como veremos, dividem-se em dois tipos: a) imunidade material, real ou substantiva (também denominada inviolabilidade), implicando a exclusão da prática de crime, bem como a inviolabilidade civil, pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares

(art. 53, caput, da CF/1988); b) imunidade processual, formal ou adjetiva, trazendo regras sobre prisão e processo criminal dos parlamentares (art. 53, § 2º a 5º, da CF/1988).

Assim, importante notar que, em sua essência, as aludidas prerrogativas atribuídas aos parlamentares, em virtude da função que exercem, tradicionalmente previstas em nossas Constituições, com algumas exceções nos movimentos autoritários, reforçam a democracia, uma vez que os parlamentares podem livremente expressar suas opiniões, palavras e votos, bem como estar garantidos contra prisões arbitrárias, ou mesmo rivalidades políticas.

As regras sobre imunidades parlamentares sofreram importantes alterações com o advento, da EC nº 35/2001 (SF, PEC nº 2-A/1995 e CD PEC nº 610/1998, com parecer favorável da CCJ nº 1.461, de 2001, Rel. Sen. José Fogaça), e passam a ser analisadas notadamente em relação ao processo criminal.[25]

9.9.2 Imunidade parlamentar federal

Nesse tópico, após a introdução e pequena sistematização do assunto, concentraremos a apresentação em relação às imunidades dos parlamentares federais, quais sejam, dos Deputados Federais e dos Senadores da República, de acordo com as regras fixadas na EC nº 35/2001, que alterou a redação do art. 53, da CF/1988.

9.9.2.1 Imunidade material ou inviolabilidade parlamentar (art. 53, caput, da CF/1988)

Prevista no art. 53, caput, da CF/1988, a imunidade material garante que os parlamentares federais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, desde que proferidos em razão de suas funções parlamentares, no exercício e relacionados ao mandato (trata-se de manifestações que possuem nexo de causalidade com a atividade parlamentar), não se restringindo ao âmbito do Congresso Nacional. Assim, mesmo que um parlamentar esteja fora do Congresso Nacional, mas exercendo sua função

[25] Convém salientar, a título de curiosidade, que a referida PEC teve início no Senado Federal, sendo substancialmente alterada na Câmara dos Deputados. A nova redação dada pela CD foi aprovada em dois turnos no SF por unanimidade (74 votos em primeiro turno – 2001, e 67 votos em segundo turno – 2001), tendo sido promulgada em 2001. Assim, ao que se percebe, através do Requerimento nº 758/2001, de autoria do Senador Ramez Tebet solicitando a dispensa de interstício e prévia distribuição de avulsos do parecer sobre a matéria, foi alterado o calendário regimental de tramitação da PEC. Em virtude do novo regime, em 2001, o Senador Jefferson Péres (PDT-AM) ajuizou no STF o MS 24.154-3, com pedido de liminar, contra ato da Presidência do Senado Federal, alegando que os prazos regimentais de tramitação da PEC foram desrespeitados. O Ministro Relator Nelson Jobim negou seguimento ao referido MS entendendo tratar-se de matéria interna *corporis*, não podendo o Judiciário apreciá-la.

parlamentar federal, em qualquer lugar do território nacional estará resguardado, não praticando qualquer crime por sua opinião, palavra ou voto.[26]

Segundo o STF, "... a inviolabilidade alcança toda manifestação do congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente" (RE 210.917, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1998, DJ de 2001; AI 493.632-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2007, DJE de 2008).

Aqui, pedimos vênia para reproduzir interessante compilação doutrinária no que tange à natureza jurídica da inviolabilidade parlamentar. Diz Alexandre de Moraes: "dessa forma Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967), Nélson Hungria (Comentários ao Código Penal) e José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo) entendem-na como uma causa excludente de crime; Basileu Garcia (Instituições de direito penal), como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus (Questões criminais), causa funcional de isenção de pena;[27] Aníbal Bruno (Direito penal), causa pessoal e funcional de isenção de pena; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de direito penal), causa de irresponsabilidade; José Frederico Marques (Tratado de direito penal), causa de incapacidade penal por razões políticas".[28]

Não importa, pois, qual a denominação que se dê; o importante é saber que a imunidade material (inviolabilidade) impede que o parlamentar seja condenado, já que há ampla descaracterização do tipo penal, irresponsabilizando-o penal, civil, política e administrativamente (disciplinarmente). Trata-se de irresponsabilidade geral, desde que, é claro, tenha ocorrido o fato em razão do exercício do mandato e da função parlamentar.[29]

A imunidade material, mantida pela EC nº 35/2001, é sinônimo de democracia, representando a garantia de o parlamentar não ser perseguido ou prejudicado em razão de sua atividade na tribuna, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamento e no voto.

---

[26] Nesse sentido posicionou-se o STF, analisando as novas regras, da EC nº 35/2001, cf. Inq. 1.710/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Inf. 258/STF, 2002.

[27] Damásio assevera que o art. 53, caput, da CF/1988 "... prevê a imunidade parlamentar material ou penal em relação aos denominados delitos de opinião, segundo a qual, aplicada a teoria da imputação objetiva, a conduta do Senador ou Deputado Federal, constitucionalmente permitida, e o resultado eventualmente produzido são atípicos" (JESUS, Damásio Evangelista de: *Imunidade parlamentar processual).*

[28] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[29] "A imunidade material prevista no art. 53, caput, da CF/1988 ("Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos") alcança a responsabilidade civil decorrente dos atos praticados por parlamentares no exercício de suas funções. É necessário, entretanto, analisar-se caso a caso as circunstâncias dos atos questionados para verificar a relação de pertinência com a atividade parlamentar. Com esse entendimento, o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário para restabelecer a sentença de 1º grau que, nos autos de ação de indenização por danos morais movida contra deputada federal, determinara a extinção do processo sem julgamento de mérito devido à vinculação existente entre o ato praticado e a função parlamentar de fiscalizar o poder público (tratava-se, na espécie, de divulgação jornalística da *notitia criminis* apresentada pela deputada ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra juiz estadual por suposto envolvimento em fraude no INSS)" (RE 210.917-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1998, Inf. 118/STF, 1998).

E que fique claro: sustentamos que a imunidade parlamentar não é absoluta, assim como nenhum direito fundamental é absoluto. Em nosso entender, portanto, em situações excepcionalíssimas, determinadas opiniões, palavras e votos proferidos podem até caracterizar a prática de crime, já que o direito brasileiro não tolera o denominado *hate speech* (cf. item 14.10.5.1).

Mas cuidado: essa nossa opinião ainda não foi enfrentada pelo STF, e, assim, atenção para as provas de concursos. Os precedentes do STF no sentido de não se reconhecer a imunidade material são em situações desvinculadas da atividade parlamentar.

Conforme anotou o Min. Celso de Mello, "a cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e (3) as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares. Doutrina. Precedentes" (Inq. 2.874 – trecho da ementa).

E um outro ponto: é possível que determinado comportamento esteja acobertado pela imunidade material (criminal), mas que, por outro lado, caracterize-se como abuso de prerrogativa e, assim, venha a ensejar, no âmbito da Casa Legislativa, a perda do mandato por quebra de decoro parlamentar (art. 55, II, da CF/1988).

Para exemplificar, podemos citar alguns comportamentos de determinados deputados federais durante a votação da autorização para instauração do processo de impeachment contra a ex-Presidente Dilma Rousseff (2016).

Nesse sentido, bem disse o Min. Barroso: "a imunidade cível e penal do parlamentar federal tem por objetivo viabilizar o pleno exercício do mandato. O excesso de linguagem pode configurar, em tese, quebra de decoro, a ensejar o controle político" (Pet 5.647, j. 2015, DJE de 2015).

9.9.2.2 Imunidade formal ou processual

A imunidade formal ou processual está relacionada à prisão dos parlamentares, bem como ao processo a ser instaurado contra eles. Devemos, então, saber quando os parlamentares poderão ser presos, bem como se será possível instaurar processo contra eles.

9.9.2.2.1 Imunidade formal ou processual para a prisão (art. 53, § 2º, da CF/1988). Perspectivas em razão do julgamento da AP 470 – "mensalão"

Os parlamentares passam a ter imunidade formal para a prisão a partir do momento que são diplomados pela Justiça Eleitoral, portanto, antes de tomarem posse (que seria o ato público e oficial mediante o qual o Senador ou Deputado se investiria no mandato parlamentar). A diplomação nada mais é que um atestado garantindo a regular eleição do candidato. Ocorre antes da posse, configurando o termo inicial para a atribuição da imunidade formal para a prisão.[30]

Nesse sentido, expresso é o art. 53, § 2º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 35/2001: "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão".

Isso posto, passamos a esquematizar melhor as regras sobre a prisão dos parlamentares federais, que poderá ser processual (art. 53, § 2º, da CF/1988), também chamada de cautelar, ou somente em razão de sentença judicial definitiva transitada em julgado.

Deixando claro, não se caracterizando a hipótese de prisão processual ou cautelar, a única forma de prisão do parlamentar será em razão de sentença penal transitada em julgado e contra a qual não caibam mais recursos; nesse caso, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988), segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Em relação à necessidade do trânsito em julgado, destacamos a ampla discussão do tema pela Corte e, depois de idas e vindas, em votação novamente apertada, a expressa declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP, à luz do art. 5º, LVII, da CF/1988, no sentido de não se admitir a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (ADCs 43, 44 e 54, Plenário, 6 x 5, j. 2019 – pendente a publicação do acórdão – cf. item 14.10.28.6 deste nosso estudo).

Na linha da tese vencedora, o Min. Celso de Mello julgou procedentes os pedidos deduzidos nas referidas ações declaratórias de constitucionalidade, "reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória [...] revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como

---

[30] Nesses termos, para ilustrar, lembramos o art. 4º do Regimento Interno do Senado Federal, que estabelece: "a posse, ato público através do qual o Senador se investe no mandato, realizar-se-á perante o Senado, durante reunião preparatória, sessão ordinária ou extraordinária, precedida da apresentação à Mesa do diploma expedido pela Justiça Eleitoral, o qual será publicado no Diário do Congresso Nacional" (destacamos).

expressamente assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, LVII, da CF/1988)".

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), em sua versão final, ratifica e reforça a necessidade do trânsito em julgado ao alterar a redação do art. 283 do CPP.

Retomando a análise dos parlamentares federais, conforme vimos, a Constituição admite tanto a prisão cautelar como a em razão do trânsito em julgado. No tocante à primeira, qual seja, a prisão processual, haveria violação ao princípio da presunção de inocência?

Não. Muito embora se reconheça o caráter excepcional da prisão processual, a Constituição, em seu art. 5º, LXI, da CF/1988, expressamente a admite, ao estabelecer que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei", bem como, ao prescrever, na vigência do estado de defesa, a possibilidade de decretação da prisão por crime contra o Estado pelo executor da medida, que deverá comunicá-la imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial (art. 136, § 3º, I, da CF/1988).

a) Prisão Processual dos Parlamentares Federais

De acordo com a doutrina, a prisão processual divide-se em três: prisão em flagrante; prisão preventiva; e prisão temporária.

Os parlamentares federais só poderão ser cautelarmente presos e colocados no cárcere na hipótese de flagrante de crime inafiançável.

Estamos diante daquilo que o Min. Celso de Mello denominou "estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável" (Inq. 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1991, Plenário).

Nessa hipótese, de acordo com o art. 53, § 2º, da CF/1988, os autos deverão ser remetidos à Casa Parlamentar respectiva no prazo de 24 horas, para que, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (*quorum* qualificado, cf. Inf. STF 28/1996), resolva sobre a prisão.

Convém destacar que a votação dos congressistas não mais será secreta, conforme regra anterior à EC nº 35/2001, e sim pelo voto aberto, implementando-se, por meio dessa nova sistemática, a transparência que deve sempre imperar nesse tipo de deliberação.

A aprovação pela Casa, dessa forma, é condição necessária para a manutenção da prisão em flagrante delito de crime inafiançável (prisão processual ou cautelar) já realizada.

Portanto, se a Casa parlamentar decidir pela não manutenção do cárcere, a prisão deverá ser imediatamente "relaxada" (trata-se de decisão política e discricionária do

Parlamento, que poderá assim resolver mesmo na hipótese de não se verificar qualquer ilegalidade, o que nos permite afirmar que a regra do art. 53, § 2º, da CF/1988, deve ser tida como especial em relação à regra geral do art. 5º, LXV, da CF/1988, que exige o requisito da ilegalidade para o relaxamento da prisão).[31]

Por outro lado, se a Casa mantiver a prisão em flagrante, conforme estabelece o art. 306, § 1º, do CPP, em até 24 horas, os autos deverão ser encaminhados ao STF (no caso de parlamentares federais – art. 53, § 1º, c/c o art. 102, I, "b", da CF/1988), para que, então, sejam cumpridas as regras do art. 310 do CPP, com a importante novidade trazida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que estabeleceu a garantia da audiência de custódia. Vejamos: "após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

• relaxar a prisão ilegal; ou

• converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (ADI 5.526, cf. itens 9.9.2.2.3 e 9.11.7); ou

• conceder liberdade provisória, com ou sem fiança".

b) Prisão de Parlamentar em Razão de Sentença Judicial Transitada em Julgado

Finalmente, temos de tratar da prisão em caso de sentença judicial transitada em julgado, tema que ganhou repercussão com o julgamento do "mensalão" (AP 470) e que deve ser analisado juntamente com a regra contida no art. 55, § 2º, da CF/1988, que cuida da perda do mandato.

Em um primeiro momento, em relação à perda do mandato,[32] por 5 x 4, no julgamento da AP 470 (mensalão), em 2012, o STF entendeu ser automática em razão da condenação criminal transitada em julgado ("... todos os condenados por mais de 4 anos de reclusão ou cuja condenação diga respeito a ato de improbidade administrativa – o que ocorre nos crimes contra a administração pública, tais como peculato e corrupção passiva, deve implicar automaticamente a perda dos mandatos eletivos" – Notícias STF, 2012), aplicando-se a regra do art. 15, III, da CF/1988, e afastando-se a incidência do art. 55, § 2º, da CF/1988.[33]

CUIDADO: em 2013, mudando esse entendimento, agora por 6 x 4, no julgamento da AP 565 (não votou o Min. Fux, impedido, em razão de ter apreciado o caso concreto quando era Min. do STJ), com a participação no julgamento de 2 novos Ministros que não haviam votado no caso do "mensalão" (Min. Barroso e Min. Teori Zavascki), o STF passou a

---

[31] Art. 5º, LXV, da CF/1988: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".
[32] Para aprofundamento, remetemos o nosso querido leitor para o item 9.11.4.
[33] AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2012, Plenário, DJE de 2013.

estabelecer que a perda do mandato de parlamentar condenado não é automática, devendo ser observada a regra do art. 55, § 2º, da CF/1988 (cf. item 9.11.4).

Por sua vez, no tocante à prisão em razão da sentença judicial transitada em julgado (ou seja, quando não mais couberem recursos), o Tribunal entendeu que as penas impostas poderão ser executadas imediatamente.

Em 2013, também analisando a AP 470, o STF admitiu a decretação parcial de trânsito em julgado, nas partes do acórdão que não mais admitissem recurso, considerando os seus capítulos autonomamente. Dessa forma, resolvendo questão de ordem, a Corte:

• decretou, por unanimidade, "o trânsito em julgado e determinar a executoriedade imediata dos capítulos autônomos do acórdão condenatório, não impugnados por embargos infringentes, considerados os estritos limites do recurso";

• por maioria, excluiu "da execução imediata do acórdão as condenações já impugnadas por meio de embargos infringentes, considerados os estritos limites de cada recurso, por ainda pender o respectivo exame de admissibilidade";

• por maioria, admitiu "o trânsito em julgado e a execução imediata da pena em relação aos réus cujos segundos embargos declaratórios já teriam sido julgados nesta sessão. No tocante ao trânsito em julgado parcial do acórdão, à luz dos capítulos autônomos nele existentes, prevaleceu o voto do Ministro Joaquim Barbosa";

• por consequência, certificou o trânsito em julgado, conforme o caso, independentemente de publicação do acórdão;

• determinou fossem lançados os nomes dos réus no rol dos culpados, bem como "expedidos mandados de prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade, no regime inicial legalmente correspondente ao *quantum* da pena transitada em julgado, nos termos do art. 33, § 2º, do CP" (Inf. nº 728/STF).

Por todo o exposto, as regras sobre a prisão dos parlamentares federais podem ser assim resumidas:

• regra geral antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: os parlamentares federais não poderão ser presos, seja a prisão penal processual (também denominada prisão provisória ou cautelar, englobando aí a prisão temporária, em flagrante delito de crime afiançável e a preventiva),[34] seja a prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF/1988);[35]

[34] Cabe alertar que, a partir do advento das Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008, as outras duas modalidades de prisão cautelar previstas na redação original do Código de Processo Penal, quais sejam, a prisão por sentença condenatória recorrível (art. 393, I, do CPP, revogado) e a prisão por pronúncia (art. 585, do CPP, revogado), deixaram de existir. Nesse sentido, reforça o art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011 e mais ainda na redação trazida pela Lei nº 13.964/2019: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado".

[35] Art. 5º, LXVII, da CF/1988 – "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Cabe alertar que o STF entende não mais cabível a prisão civil do depositário infiel (Pacto de São José da Costa Rica – tese da

• única exceção à regra geral: a única hipótese em que será permitida a prisão do parlamentar federal, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e desde a expedição do diploma, será em caso de flagrante de crime inafiançável;[36]

• flagrante de crime inafiançável: mesmo nessa hipótese, de acordo com o art. 53, § 2º, da CF/1988, os autos deverão ser remetidos à Casa Parlamentar respectiva (por exemplo, sendo Deputado Federal, para a Câmara dos Deputados), no prazo de 24 horas, para que, pela maioria absoluta de seus membros (*quorum* qualificado, cf. Inf. STF 28/1996) e pelo voto aberto, decida sobre a prisão;

• prisão em caso de sentença judicial transitada em julgado (STF): evoluindo a decisão proferida no julgamento do "mensalão", AP 470 (decisões em 2012), pela qual se reconhecia a perda automática do mandato (art. 15, III, da CF/1988), o STF, em momento seguinte (2013), no julgamento da AP 565, passou a estabelecer que a perda do mandato de parlamentar condenado não é automática, devendo ser observada a regra do art. 55, § 2º, da CF/1988 (cf. item 9.11.4).

9.9.2.2.2 Prisão preventiva de parlamentar? Precedente da 2ª T. do STF. Dúvida manifestada pela 1ª T. do STF. Inexistência de apreciação do Plenário. Inafiançabilidade legal em razão de excepcionalidade de caso concreto decorrente de "absoluta anomalia institucional, jurídica e ética". "Derrotabilidade da regra" contida no art. 53, § 2º, da CF/1988

A 2ª Turma do STF, ao referendar decisão proferida pelo Min. Teori Zavascki na AC 4.039, admitiu a prisão cautelar do Senador da República Delcídio do Amaral Gómez.,[37] tendo em vista a presença dos requisitos de prisão preventiva (j. 2015, DJE de 2016. Essa interessante decisão de 39 laudas pode ser encontrada em Notícias STF, 2015. O acórdão,

---

supralegalidade – cf. discussão no item 9.14.5.2.3 e SV 25/2009-STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito").

[36] Confiram-se o art. 5º XLII, XLIII e XLIV, da CF/1988: "XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos, da Lei; XLIII – a Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (destacamos).

[37] No dia de sua prisão cautelar, em 2015, o Senador da República era líder do governo. Em 2016, em razão de conversão da prisão preventiva em medidas cautelares alternativas, veio a ser solto. Em 2016, perdeu o mandato por quebra de decoro parlamentar, por tentar obstruir os trabalhos da Operação Lava-Jato, conforme condenação do Senado Federal imposta nos termos da Res. nº 21/2016. Esse foi o 3º Senador cassado durante a vigência, da CF/1988.

já publicado, não estava disponível porque a ação corre em segredo de justiça – acesso em 2016).

Conforme noticiado, os autos relatam esquema que supostamente envolveria um Senador da República, o seu assessor parlamentar, um advogado e um banqueiro, "com o objetivo de tentar dissuadir o ex-diretor Internacional da Petrobras Nestor Cuñat Cerveró de firmar acordo de colaboração premiada junto ao Ministério Público Federal nas investigações decorrentes da operação Lava-Jato. Tal esquema, segundo relata o MPF, envolveria desde o pagamento de ajuda financeira no valor de R$ 50 mil mensais à família de Nestor Cuñat Cerveró e o pagamento de R$ 4 milhões em honorários ao advogado [...] por parte do banqueiro [...], até a promessa de suposta influência junto ao Poder Judiciário para a concessão de liberdade a Nestor Cuñat Cerveró, de forma a facilitar eventual fuga do ex-diretor da Petrobras para a Espanha, país do qual também tem cidadania. Ainda segundo os autos, as reuniões dos investigados para tratar da questão da colaboração premiada de Nestor Cuñat Cerveró foram gravadas pelo filho do ex-diretor da Petrobras, e os vídeos, bem como conversas trocadas por e-mail e por aplicativo de celular, foram encaminhados ao MPF" (Notícias STF, 2015).

A situação concreta não se enquadra nas hipóteses de crime definido pela Constituição como inafiançável, mas em situação de inafiançabilidade decorrente de previsão legal.

A regra já vista está no art. 53, § 2º, da CF/1988, que admite a prisão de parlamentar federal na hipótese de flagrante de crime inafiançável. Ou seja, não é qualquer tipo de prisão, mas apenas a prisão em flagrante. E não é qualquer crime, mas apenas os crimes inafiançáveis.

A situação concreta não envolvia crime inafiançável, já que a imputação era relacionada a organização criminosa, que, todos sabem, à época dos fatos, não era enquadrada pela Constituição ou pela Lei como inafiançável.

Devemos lembrar, a título de atualização, que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) enquadrou o crime de organização criminosa como hediondo, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (art. 1º, parágrafo único, V, da Lei nº 8.072/1990).

No caso em exame, não se tratava de crime hediondo. Na prática, contudo, o STF entendeu que a inafiançabilidade decorreria da situação concreta e nos termos, da Lei.

Vejamos.

De acordo com o art. 324, IV, do CPP, não será, igualmente, concedida fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP)[38], no caso concreto, a sua decretação como garantia da instrução criminal e das investigações.

[38] Devemos alertar que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) trouxe importantes formalidades em relação à prisão preventiva, que não pode mais ser decretada de ofício pelo juiz, devendo haver requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP), salvo a exceção trazida no art. 316 do CPP. Além disso, o art. 312, do CPP, na nova redação, estabelece

Assim, se "não será concedida a fiança", entendeu o STF, estaria configurada a situação de inafiançabilidade (lembrando que o art. 53, § 2º, da CF/1988 fala em flagrante de crime inafiançável). Não se trata, na hipótese, de crime inafiançável, mas de situação de inafiançabilidade decorrente, da Lei.

Dessa forma, tendo a Turma identificado o estado de flagrância na prática do crime de organização criminosa, por se tratar de crime permanente (art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 12.850/2013), e a situação de inafiançabilidade decorrente de hipóteses de decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, c/c o art. 312 do CPP), a Corte entendeu como configurada a situação de "flagrante de crime inafiançável" (art. 53, § 2º, da CF/1988).

Seja por essa perspectiva, seja por uma outra no sentido de se sustentar a "derrotabilidade da regra" contida no art. 53, § 2º, da CF/1988, diante da situação de excepcionalidade e anormalidade, bem como de outros princípios constitucionais, autorizada estaria a prisão preventiva do parlamentar (art. 312 do CPP).

Em seu voto, o Min. Zavascki cita o precedente firmado no HC 89.417 (j. 2006), impetrado em razão da denominada Operação Dominó e tendo em vista a prisão preventiva do então Presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia (deputado estadual que goza das mesmas prerrogativas de imunidade dos parlamentares federais – art. 27, § 1º, da CF/1988), em face de reconhecido "estado de flagrância" e "inafiançabilidade" decorrente da excepcionalidade do caso concreto que investigava esquema envolvendo 23 dos 24 parlamentares estaduais da Assembleia Legislativa do Estado.

Diante dessa situação excepcionalíssima e pouco comum, indagou a Min. Cármen Lúcia: "como se cogitar, então, numa situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética que os membros daquela Casa poderiam decidir livremente sobre a prisão de um de seus membros, aplicando a norma constitucional, máximo quando ele é tido como "o chefe indiscutível da organização criminosa que coordena as ações do grupo e cobra dos demais integrantes o cumprimento das tarefas que lhes são repassadas?"".

Na ementa desse precedente, certamente paradigma para decisão proferida no caso específico da AC 4.039, estabelece-se: "os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da CF/1988. Há de se buscar interpretação que

---

que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação, da Lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Nesse sentido, o art. 312, § 2º, do CPP exige a motivação e demonstração dos requisitos (fundamentação), além da existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Seguindo a lógica introduzida pelo art. 489, § 1º, do CPC, o legislador do Pacote Anticrime explicita a necessidade de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão (cf. art. 315, § 2º, CPP), além da necessidade de revisão periódica, a cada 90 dias, da manutenção da prisão preventiva, sempre mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal e, então, abrir a possibilidade para a concessão de ordem em *habeas corpus* (art. 316, parágrafo único, CPP).

conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de 24 deputados, dos quais, 23 estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da CF/1988, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente" (HC 89.417).

A Min. Cármen Lúcia, agora nesse outro caso, afirmando que a necessidade de prisão se imporia para resguardar o estado de direito, alertou: o "crime não vencerá a Justiça". "Um aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade e impunidade e corrupção. Em nenhuma passagem, a Constituição Federal permite a impunidade de quem quer que seja", apontou (Notícias STF, de 2015).

CUIDADO: devemos deixar anotado que, em momento seguinte, a 1ª Turma do STF apreciou novo pedido de prisão preventiva de parlamentar federal por situações gravíssimas descritas nos autos. Contudo, naquele momento, sinalizou "dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2º, da CF/1988, para fins de decretação da prisão preventiva" (Ag. Reg. no 3º Ag. Reg. na AC 4.327, j. 2017).

Apesar de ainda não haver manifestação específica da matéria pelo pleno do STF (pendente), entendemos possível a leitura do art. 53, § 2º, da CF/1988, à luz de outros preceitos constitucionais e, assim, diante de situações muito específicas, de "superlativa excepcionalidade", admitir, no extremo, a prisão preventiva de parlamentar, afastando-se, assim, a literalidade do dispositivo em análise, que estabelece apenas a possibilidade de prisão cautelar em razão de flagrante delito de crime inafiançável.

Conforme anotou o Min. Teori Zavascki em outro contexto, essa "excepcionalidade da regra geral da custódia cautelar em detrimento de parlamentar já foi objeto de interpretação no STF (HC 89.417), não em função de sua literalidade ou como regra isolada no sistema constitucional, mas de acordo com os fins a que ela se destina, em conformidade com a aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo" (HC 138.316, j. 2016, decisão monocrática).

Não é possível que a imunidade parlamentar sirva para acobertar a prática de crimes em total desvirtuamento do mandato, conforme se observou nas circunstâncias dos precedentes indicados, tanto do HC 89.417 (1ª T. – composição diversa da atual –, j. 2006, 3 x 2) como da AC 4.039 (1ª T., j. 2015, 3 x 2).

Um ponto, contudo, parece certo: conforme se observa no item seguinte, o STF, no julgamento da ADI 5.526, estabeleceu a necessidade de se encaminhar à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar a decisão pela qual se aplique medida cautelar diversa da prisão do art. 319, do CPP, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, prescrevendo, então, a aplicação analógica do art. 53, § 2º, da CF/1988.

Dessa forma, se o STF entendeu a necessidade de controle político posterior para as hipóteses de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, no caso de decretação de prisão preventiva, que seria mais grave, a lógica deveria ser, também, a apreciação pela Casa Legislativa no prazo de 24 horas, por voto aberto e maioria absoluta (apesar de não concordarmos com esse entendimento firmado no referido julgamento).

Esse tema foi judicializado na ADPF 497 envolvendo parlamentares estaduais, e referida ação foi indeferida liminarmente por não preencher o requisito da subsidiariedade, já que a matéria era discutida em ADIs com medidas cautelares já decididas e negadas (j. 2019).

Em referidas ações, o STF, por 6 x 5, negou medidas cautelares nas ADIs 5.823, 5.824 e 5.825, prevalecendo o entendimento de que as regras da Constituição Federal relativas à imunidade dos deputados federais são aplicáveis aos deputados estaduais, e, portanto, poderia o Parlamento estadual sustar decisões judiciais de natureza criminal, precárias e efêmeras, cujo teor resulte em afastamento ou limitação da função parlamentar, aplicando-se o art. 53, § 2º, da CF/1988, conforme decidiu o STF no caso dos parlamentares federais no julgamento da ADI 5.526 (mérito pendente, assim como a publicação do acórdão no fechamento desta edição – cf. Inf. 939/STF).

9.9.2.2.3 Outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do CPP) e a necessidade de controle político (aplicação analógica do art. 53, § 2º, da CF/1988) – ADI 5.526

Conforme vimos, a regra geral do art. 53, § 2º, da CF/1988, tem sido analisada diante de ocorrências muito particulares e, de acordo com os precedentes citados no item anterior, encontramos situações de afastamento de sua literalidade para se admitir, em casos excepcionalíssimos, a prisão preventiva de parlamentar federal.

Agora, surge uma questão: seria possível, também, a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, descritas no art. 319, do CPP?

Conforme estudamos no item 9.11.7, em 2016, o Plenário, por unanimidade, referendou decisão do Min. Teori Zavascki que determinou a suspensão do então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. Neste caso, estamos

diante de exemplo de provimento cautelar, diverso da prisão, determinando a suspensão do exercício do mandato, com o objetivo de garantir a aplicação, da Lei penal, a investigação ou a instrução criminal e evitar a prática de infrações penais (art. 282, c/c o art. 319, VI, do CPP).

Lembramos que referida decisão foi cumprida normalmente pela Câmara dos Deputados, não havendo nenhum questionamento pelos integrantes da Casa do povo (AC 4.070 Ref, j. 2016, Plenário, DJE de 2016).

Em julgamento seguinte, agora envolvendo Senador da República denunciado pela suposta prática de corrupção passiva e por tentativa de embaraçar investigação a envolver organização criminosa, por 3 x 2, a 1ª T. do STF restabeleceu as medidas cautelares diversas da prisão que em caso concreto haviam sido determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, e posteriormente revogadas pelo Min. Marco Aurélio, consistentes em: a) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; b) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela; e c) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do CPP, de recolhimento domiciliar no período noturno (Ag. Reg. no 3º Ag. Reg. na AC 4.327, j. 2017).

De modo inusitado e totalmente criticável, porém, muito embora se tratasse de decisão judicial explícita, o Senado Federal decidiu descumprir referida medida, sustentando que o acatamento da imposição de medida cautelar diversa da prisão dependeria de deliberação da Casa, tendo em vista a aplicação analógica do art. 53, § 2º, da CF/1988.

Assim, instaurou formalmente o procedimento de análise da decisão judicial da 1ª T. do STF (Ofício nº 70/2017-SF). Depois de muito debate entre os parlamentares, inclusive com argumentos no sentido de não se poder descumprir a decisão judicial, os Senadores da República, apoiados no Parecer nº 577/2017, da Advocacia do Senado Federal, entenderam pela aplicação analógica do art. 53, § 2º, da CF/1988, e, então, depois de adiamento, marcaram para o dia 17.10.2017 a apreciação da decisão da 1ª T. do STF, que aplicou as medidas cautelares diversas da prisão ao Senador Aécio Neves da Cunha.

Diante dessa lamentável decisão do Senado – e dizemos lamentável pois a maneira de se atacar a decisão judicial imposta pela 1ª T. do STF seria mediante a interposição de recurso no próprio STF e não o simples e irresponsável descumprimento da decisão, a Min. Presidente do STF, com urgência, diante da crise institucional que se instalava, pautou o julgamento da ADI 5.526, que tramitava no STF desde 2016 e que tinha por objeto justamente essa questão envolvendo a possibilidade ou não de aplicação de medida cautelar diversa da prisão e a necessidade ou não de controle político posterior.

O STF, então, em 2017, portanto, uma semana antes da data que havia sido fixada para a análise pelo Senado Federal da medida tomada pela 1ª Turma nos autos da AC 4.327, estabeleceu duas importantes teses:

• medidas cautelares diversas da prisão (10 x 1): "o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319, do CPP";

• necessidade de controle político (aplicação analógica do art. 53, § 2º, da CF/1988 – 6 x 5): "o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da CF/1988, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar" (ADI 5.526, j. 2017, Plenário, STF, pendente o julgamento dos embargos de declaração).

Decidida a questão pelo pleno do STF – agora no sentido de necessidade de apreciação pela Casa Legislativa federal, mantida a sessão para apreciação do afastamento do Senador da República para o dia 17.10.2017, duas importantes decisões judiciais foram proferidas para definir que a votação pelo Senado Federal deveria ser aberta, ostensiva e nominal.[39]

O Senado Federal, por 44 x 26 (lembrando a necessidade de no mínimo 41 votos, qual seja, a maioria absoluta), rejeitou a decisão da 1ª T. do STF, permitindo, então, o imediato retorno do Senador para o exercício de suas funções.

A partir do entendimento firmado no julgamento da ADI 5.526, no sentido de que a decisão judicial depende de apreciação pela Casa Legislativa no prazo de 24 horas, por voto aberto e por maioria absoluta, naturalmente, a decisão do Senado Federal no caso em análise deverá ser acatada sem qualquer questionamento jurídico, diferentemente das críticas que lançamos anteriormente no sentido do descumprimento da decisão da 1ª Turma do STF.

Apesar dessa posição adotada pela maioria do STF, por um placar extremamente apertado, 6 x 5, deixamos o nosso entendimento no sentido de que não nos parece adequada a interpretação dada pela Corte de se aplicar o art. 53, § 2º, da CF/1988, que, conforme vimos, exige o controle político apenas no caso de prisão em flagrante de crime inafiançável.

Esse tema ainda poderá ser rediscutido em relação ao art. 27, § 1º, da CF/1988, no sentido de saber se a necessidade de controle político para assegurar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão deve ou não ser estendida aos parlamentares estaduais e do

---

[39] Em 2017, o juiz federal do DF Márcio L. C. Freitas, no julgamento da Ação Popular nº 42371-03.2017.4.01.3400, deferiu liminar estabelecendo que a votação pelo Senado Federal deveria ser aberta. Em igual sentido, no mesmo dia em que a votação aconteceria, qual seja, em 2017, o Min. Alexandre de Moraes decretou (a partir da redação dada pela EC nº 35/2001) a não recepção do art. 291, I, "c", da Res. 93/1970-SF (Regimento Interno), e, liminarmente, determinou ao Presidente do Senado Federal a integral aplicação do art. 53, § 2º, da CF/1988, com a realização de votação aberta, ostensiva e nominal em relação às medidas cautelares aplicadas pela 1ª T. do Supremo Tribunal Federal ao Senador da República Aécio Neves.

DF e, assim, no fundo, deliberar a Corte sobre a amplitude do referido art. 27, § 1º, da CF/1988.

Conforme já destacamos, o STF, em 2019, em votação apertada, por 6 x 5, negou medidas cautelares nas ADIs 5.823, 5.824 e 5.825, prevalecendo o entendimento de que as regras da Constituição Federal relativas à imunidade dos deputados federais são aplicáveis aos deputados estaduais, e, portanto, poderia o Parlamento estadual sustar decisões judiciais de natureza criminal, precárias e efêmeras, cujo teor resulte em afastamento ou limitação da função parlamentar, aplicando-se o art. 53, § 2º, da CF/1988, conforme decidiu o STF no caso dos parlamentares federais no julgamento da ADI 5.526 (mérito pendente, assim como a publicação do acórdão no fechamento desta edição – cf. Inf. 939/STF).

9.9.2.2.4 Imunidade formal ou processual para o processo (art. 53, § 3º ao § 5º, da CF/1988)

As regras sobre a imunidade formal para o processo criminal dos parlamentares sofreram profundas alterações pela EC nº 35/2001, mitigando a amplitude dessa "garantia".

Antes da aludida reforma, os parlamentares não podiam ser processados sem a prévia licença da Casa, que, em muitos casos, não era deferida, ocasionando situações de verdadeira impunidade.

Conforme ponderou o Senador José Fogaça, relator do Parecer nº 1.461/2001, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do SF, "a alteração do instituto da imunidade parlamentar é passo imprescindível para a recuperação do prestígio do Poder Legislativo" (DSF de 2001).

De acordo com a nova regra, então, oferecida a denúncia, o Ministro do STF poderá recebê-la sem a prévia licença da Casa Parlamentar. Assim, como já era permitido, poderão ser instaurados inquéritos policiais e processos de natureza civil, disciplinar ou administrativa, além do oferecimento da denúncia criminal. A novidade, como visto, reside no fato de que, oferecida a denúncia, poderá ela ser recebida no STF sem a prévia licença da Casa respectiva.

Pois bem, após o recebimento da denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria absoluta (*quorum* qualificado) de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora, sendo que a sustação do processo suspende a prescrição enquanto durar o mandato (cf. art. 53, § 3º e § 5º).

Afinal de contas, o pedido de sustação poderá implementar-se até a decisão final da ação penal movida contra o parlamentar (art. 53, § 3º, da CF/1988), ou no prazo improrrogável de 45 dias contados do seu recebimento pela Mesa Diretora (art. 53, § 4º, da CF/1988)? As duas disposições devem ser harmonizadas, ou seja, a Casa respectiva tem até o final da ação penal para decidir, pelo *quorum* da maioria absoluta de seus membros, se suspende ou não a aludida ação penal. O pedido de sustação, pelo partido político, na respectiva Casa representado, poderá implementar-se logo após a ciência dada pelo STF ou em período subsequente, não havendo prazo certo para tanto, já que, como visto, a Casa terá até o trânsito em julgado da sentença final proferida na ação penal para sustá-la. Apesar de não haver prazo certo, contudo, o período durante o qual a ação tramita (até o seu trânsito em julgado) deverá ser respeitado. O único prazo fixado é o de 45 dias contado do recebimento, pela Mesa Diretora, do pedido de sustação efetuado pelo partido político. Esse prazo, sim, de 45 dias, é improrrogável.[40]

Assim, de acordo com a nova regra trazida pela EC nº 35/2001:

• não há mais necessidade de prévio pedido de licença para se processar parlamentar federal no STF, podendo, no máximo, a Casa legislativa, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da ação penal de crime ocorrido após a diplomação. Isso significa dizer que ainda há imunidade para o processo criminal contra o parlamentar, só que de maneira mitigada, já que, para o seu implemento, ela dependerá de ação da Casa, e não de sua inação, como se verificava antes. Conforme argumentou José Fogaça, "... não se elimina a possibilidade de o parlamento sustar um processo criminal contra um de seus membros quando verificar que esse está carregado de um viés exclusivamente político, mas não se permite a impunidade pelo simples fato de não haver decisão" (DSF de 2001);

• não há mais imunidade processual em relação a crimes praticados antes da diplomação. Diferentemente das regras fixadas para crimes praticados após a diplomação, pela nova sistemática não haverá necessidade de o STF dar ciência à respectiva Casa de ação penal de crime praticado antes da diplomação. Nessas hipóteses, por conseguinte, não poderá, também, a respectiva Casa, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da aludida ação.[41]

---

[40] Nesse sentido, harmonizando as duas disposições, cf. SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

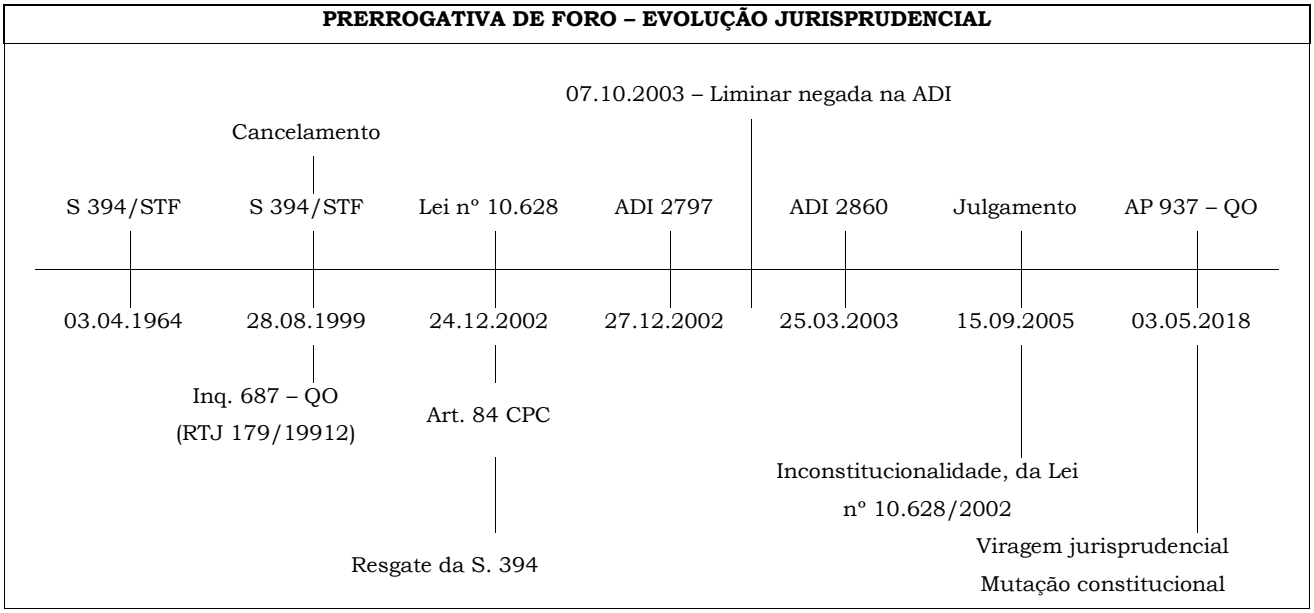
[41] Nesse sentido, o posicionamento do STF, interpretando as novas regras, da EC nº 35/2001, de aplicação imediata, inclusive aos casos de licenças negadas na vigência do regime anterior: "Tendo em conta que com a superveniência, da EC 35/2001 ficou eliminada a exigência de licença prévia da Casa respectiva para instauração de processos contra membros do Congresso Nacional por fatos não cobertos pela imunidade material, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, e dando pela aplicabilidade imediata da referida norma aos casos pendentes, declarou prejudicado o pedido de licença prévia para o prosseguimento de ação penal proposta contra deputado federal e, em consequência, determinou o término da suspensão do curso da prescrição dos fatos a ele imputados, a partir da publicação da mencionada emenda. O Tribunal declarou, ainda, a validade do oferecimento da denúncia e da notificação para defesa prévia, praticados anteriormente à posse do indiciado

Essa última situação, que era uma realidade quando da promulgação, da EC nº 35/2001, perde sentido com o novo entendimento estabelecido pelo STF em relação à prerrogativa de foro, já que o STF só julgará crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP 937 QO, j. 2018 – cf. item 9.9.2.3.5).

Por fim, imagine-se a situação de ter havido sustação do processo em crime praticado após a diplomação, em concurso de agentes por parlamentar e outro indivíduo que não goze da referida imunidade. Nesses casos, o STF, por motivo de conveniência, decidiu pelo desmembramento do processo (art. 80, do CPP), em razão da diferença do regime de prescrição, visto estar suspenso somente o prazo prescricional em relação ao parlamentar (cf. STF, Inq. 1.107/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti).

9.9.2.3 Prerrogativa de foro ("foro privilegiado") (art. 53, § 1º, da CF/1988)

9.9.2.3.1 Cancelamento da S. 394/STF



Na vigência da Constituição de 1946, o STF editou a S. 394, com a seguinte redação: "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício" (aprovada em 1964).

No julgamento da questão de ordem no Inq 687, contudo, o STF determinou o cancelamento da referida Súmula. Isso porque, conforme se sustentou, "a tese

---

no cargo de Deputado Federal pelo juízo então competente..." (Inq. 1.566/AC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Inf. 257/STF, 2002). Nesse sentido, cf., ainda, Inf. 265 e 266/STF.

consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", DA CF/1988, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns", não contemplando, portanto, os "ex-membros do Congresso Nacional".

Ficou claro no julgamento que "a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontradiça no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos" (Inq. 687 QO, j. 1999).

Nesse sentido e pelas razões expostas, preferimos utilizar a expressão "prerrogativa de foro" à expressão "foro privilegiado", pois, no fundo, não se pode pensar o instituto como um privilégio de determinada pessoa, mas, de maneira precisa, como uma prerrogativa decorrente do (efetivo) exercício da função.

Toda definição de competência para o julgamento dos tribunais está na Constituição, podendo se reconhecer, então, um inegável postulado de reserva constitucional de competência originária. Assim, para se ter um exemplo, o STF julga tudo, mas somente aquilo que está expressamente previsto no art. 102, da CF/1988. O STJ julga o que está no art. 105, da CF/1988. A Justiça Federal, no art. 109, da CF/1988. A Justiça do Trabalho, no art. 114, da CF/1988, etc.

Dessa forma, a ampliação de competência originária dos tribunais não poderá ser implementada por lei, mas, no caso, por reforma constitucional ou eventual processo informal de mudança (mutação constitucional).

Para ilustrar esse entendimento, lembramos a aprovação, da Lei nº 10.628/2002, que, introduzida no final do mandato de diversos Parlamentares, "ressuscitou" a já banida e execrada regra da *perpetuatio jurisdictionis* após o término do mandato das autoridades. Em nosso entender, a nova regra, retrógrada, ao manter o foro privilegiado para os crimes praticados durante o mandato, é flagrantemente inconstitucional, já que veiculada por Lei Ordinária e não por emenda constitucional, ferindo, desta feita, o princípio da separação de Poderes.

Tendo por objeto a referida lei, foram propostas a ADI 2.797, ajuizada em 2002 pela Associação Nacional dos Membros do MP (CONAMP), e que teve seu pedido de liminar negado pelo STF (2003), e a ADI 2.860, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), distribuída por prevenção, em 2003, àquela primeira ajuizada pela CONAMP.

Por maioria de votos (7 x 3), em 2005, o pleno do Supremo declarou a inconstitucionalidade do foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos e/ou mandatos eletivos.

Posteriormente, em 2012, os embargos declaratórios opostos pelo Procurador-Geral da República na ADI 2.797 foram acolhidos, por maioria, pelo Plenário, para assentar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 84, § 1º e § 2º, do CPP, inseridos pelo art. 1º, da Lei nº 10.628/2002, terão eficácia a partir de 2005. "Na espécie, alegava-se que a norma declarada inconstitucional teria vigido por 3 anos – com alterações nas regras de competência especial por prerrogativa de função quanto às ações de improbidade, inquéritos e ações penais – a exigir fossem modulados os efeitos do julgado. Destacou-se a necessidade de se preservar a validade dos atos processuais praticados no curso das mencionadas ações e inquéritos contra ex-ocupantes de cargos públicos e de mandatos eletivos julgados no período de 2002, data de vigência, da Lei nº 10.628/2002, até a data da declaração de sua inconstitucionalidade, 2005 (vide quadro acima). Pontuou-se que inúmeras ações foram julgadas com fundamento na Lei nº 10.628/2002 e, por segurança jurídica, necessário adotar-se a modulação, assegurada a eficácia *ex nunc*, nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868/1999. Asseverou-se que os processos ainda em tramitação não teriam sua competência deslocada para esta Corte" (Inf. 666/STF – grifamos).

9.9.2.3.2 Caso "Gulliver". "Ciranda dos processos". "Valsa processual". AP 333 (j. 2007)

Neste item, propomos a análise da seguinte questão: o ato de renúncia de parlamentar constitui gesto legítimo para afastar a prerrogativa de foro?

Para tanto, lembramos o polêmico caso decorrente da renúncia do ex-Deputado Federal Ronaldo Cunha Lima (PSDB-PB), que, nos autos da AP 333, estava sendo acusado do crime de homicídio qualificado, na modalidade tentada, contra o ex-Governador da Paraíba, Tarcísio Burity, por ter, consoante narra a denúncia, efetuado disparos de arma de fogo em um restaurante de João Pessoa (de nome "Gulliver" e, por isso, ter ficado conhecido o caso por este nome).

De acordo com o relatório da referida ação penal, ao tempo dos fatos, o denunciado (Ronaldo Cunha Lima) era Governador do Estado da Paraíba. Por esse motivo, a denúncia foi oferecida perante o STJ (art. 105, I, "a", da CF/1988).

Ronaldo Cunha Lima, nas eleições de 1994, elege-se Senador da República, e nas duas eleições que se seguiram, Deputado Federal, sendo que o seu último mandato terminaria em 2010.

Assim, sendo ele parlamentar federal, nos termos do art. 53, § 1º, da CF/1988, já estudado, expedido o diploma, a competência para julgar Ronaldo Cunha Lima passou a ser do STF (muito embora ao tempo dos fatos –1993 – fosse Governador da Paraíba).

Durante a ação penal (tendo sido a denúncia recebida em 2002), houve amplo direito de defesa, e se tentou ouvir uma testemunha por mais de 1 ano.

Em 2007, faltando 5 dias para o início do julgamento, já marcado pelo STF, Ronaldo Cunha Lima renunciou ao mandato de Deputado Federal (legislatura 2007-2010).

A polêmica se instaurara. Não sendo mais Deputado Federal, ou seja, passando a ser uma pessoa comum, o STF deixava de ser competente, segundo a orientação firmada a partir do cancelamento da S. 394 e, também, ao se declarar inconstitucional a Lei nº 10.628/2002?

O tema se mostrou bastante complicado, tanto é que a votação estava empatada em 4 x 4. Parte dos ministros entendia que a renúncia caracterizava "evidente propósito de frustrar o julgamento pelo STF", verdadeiro "abuso de direito", e outros 4 achavam que a renúncia tinha sido legítima.

Ao final, em 2007, por 7 x 4, os Ministros entenderam que a competência do Supremo cessava ao ter Ronaldo Cunha Lima deixado de ser Deputado Federal, mesmo na hipótese de renúncia. Como afirmou Celso de Mello, invocando o princípio do juiz natural, a renúncia é inquestionável. "Foi recebida e gerou efeitos, antes do julgamento final do processo em curso, sendo um desses efeitos a cessação da competência do STF para julgá-lo" (Notícias STF, 2007).

Por esse motivo, passando a ser pessoa comum, sem prerrogativa de foro, os autos foram remetidos para o Juízo Criminal da Comarca de João Pessoa.

Dada a importância do tema, pedimos vênia para transcrever a ementa do referido acórdão, que deixa claro, também, o afastamento da competência do júri quando o acusado tem prerrogativa de foro:

"EMENTA: Ação penal. Questões de ordem. Crime doloso contra a vida imputado a parlamentar federal. Competência do STF versus competência do tribunal do júri. Norma constitucional especial. Prevalência. Renúncia ao mandato. Abuso de direito. Não reconhecimento. Extinção da competência do STF para julgamento. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o STF, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da CF/1988, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, "b", da CF/1988, definidor da competência do STF, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz Plenários efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do STF para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que

os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente" (AP 333, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, DJE de 2008).

Como se verifica, os autos iniciaram a sua tramitação no STJ (Governador de Estado), tendo sido remetidos para o STF (SF e CD) e, agora, para a Justiça Comum. Essa situação, bastante criticada, foi denominada pelo Ministro Gilmar Mendes "ciranda dos processos", levando-o inclusive a repensar um eventual e futuro resgate da atualmente cancelada S. 394 do STF (cf. Notícias STF, 2008 – íntegra da entrevista coletiva). Em outra oportunidade, o Min. Joaquim Barbosa denominou esse "vai e volta" de "valsa processual".

9.9.2.3.3 Renúncia ao mandato. Manutenção da competência do STF. Abuso de direito. Fraude processual inaceitável: AP 396 (j. 2010)

O tema da prerrogativa de foro veio a ser reanalisado pelo STF em outro caso polêmico: a AP 396, julgada em 2010.

De acordo com as informações públicas contidas no site do STF, apurava-se suposto esquema a caracterizar os crimes de formação de quadrilha e peculato, envolvendo, dentre outros, o ex-Deputado Federal Natan Donadon (PMDB-RO) (Inf. 606/STF e Notícias STF, 2010).

No caso em análise, o MP do Estado de Rondônia instaurou "... procedimento investigatório a partir de representações em que se questionava a licitude de contrato publicitário firmado entre a Assembleia Legislativa local e determinada empresa. No decorrer das apurações, o parquet constatara a existência de suposto esquema criminoso – engendrado para desviar dinheiro daquela Casa Legislativa – no qual o réu, na qualidade de diretor financeiro da Assembleia Legislativa, teria assinado vários cheques e os repassado, por mais de 2 anos, à mencionada empresa de publicidade a pretexto de pagamento pelos serviços, sequer prestados. Em razão disso, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público daquela unidade federativa oferecera denúncia contra o parlamentar e outros 7 corréus por formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas. Após o recebimento da inicial acusatória pela Corte de origem, o réu fora empossado Deputado Federal e o processo, desmembrado, remetido ao STF, que assim o mantivera e afirmara a validade dos atos judiciais praticados anteriormente à diplomação e à posse do parlamentar federal" (Inf. 606/STF).

Muito embora a decisão proferida no caso do "mensalão" no sentido de julgamento de todos os corréus em um mesmo processo (Inq. 2.245), a regra que o STF vem adotando é, havendo prerrogativa de foro de um dos envolvidos, o desmembramento do processo, com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos.

No caso em referência, a denúncia foi oferecida em 1999 pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Rondônia, porque ainda não havia a prerrogativa de foro. Contudo, em 2005, Natan Donadon tomou posse como Deputado Federal, para exercício do mandato na Legislatura 2003-2007, quando, então, por esse motivo, o juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho (RO) determinou o desmembramento dos autos, com a remessa do processo para o STF, em razão da prerrogativa de foro.

A ação foi distribuída, no STF, em 2005 e, às vésperas do julgamento – 2010 –, o Deputado Federal renunciou ao mandato, sendo que o crime prescreveria em 2010.

Eis o cronograma dos fatos:

• 24.06.1999 – oferecimento de denúncia na comarca de Porto Velho;

• 03.01.2005 – posse como Deputado Federal;

• 16.08.2005 – a ação é distribuída no STF;

• 22.10.2010 – inclusão do feito em pauta é publicada no DJE;

• 27.10.2010 – o Deputado Federal renuncia ao mandato;

• 28.10.2010 – o STF resolve questão de ordem e reconhece a subsistência da competência da Corte mesmo diante da hipótese de renúncia ao mandato;

• 04.11.2010 – haveria a prescrição do crime.

Revendo o julgamento proferido no caso do ex-Deputado Federal Ronaldo Cunha Lima (AP 333), no qual o STF, por 7 x 4, entendia que a renúncia (no caso, faltando 5 dias para o julgamento) era válida e, assim, cessaria a competência do STF, por 8 x 1, modificando o seu entendimento, decidiu, em 2010, julgar a ação (AP 396), mantendo a sua competência, mesmo não sendo mais o réu parlamentar, e condenando-o à pena de reclusão de 13 anos, 4 meses e 10 dias, em regime inicialmente fechado, além de 66 dias-multa, pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288, CP) e peculato (art. 312, CP).

Temos, assim, um novo entendimento do STF, que, a nosso ver, mostra-se muito acertado.

Dentre os vários argumentos expendidos pelos Ministros para se manter a competência do STF, a renúncia, às vésperas do julgamento, caracterizou-se como "fraude processual inaceitável", frustrando a atuação jurisdicional do Estado e tornando, assim, o STF refém da opção do réu. Sustentou-se, ainda, tratar-se a atitude de verdadeiro abuso de direito. "A Constituição garante a imunidade, mas não a impunidade." A fraude à Lei mostra-se, ainda, "eticamente pouco sustentável", não podendo o STF aceitar a "... manipulação de instâncias para efeito de prescrição", citando-se, por fim, a afirmação de Ulpiano, segundo a qual "não se pode tirar proveito da própria torpeza".[42]

[42] Notícias STF, 2010 – publicado o acórdão (AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, Plenário, DJE de 2011), houve a interposição de embargos de declaração, rejeitados por unanimidade em 2012, DJE de 2013. Interpostos segundos embargos, também não foram conhecidos e, em 2013, certificou-se o trânsito em julgado,

9.9.2.3.4 Nova tentativa de fixação de tese de julgamento sobre a prerrogativa de foro. Inexistência de fraude processual e abuso de direito. Afastamento do risco de prescrição da pena em abstrato: AP 536 (j. 2014)

O tema sobre a manutenção da competência do STF em caso de renúncia ao mandato de parlamentar federal foi retomado no julgamento da AP 536 (2014, DJE de 2014).

De acordo com os autos, "o ex-parlamentar e outros réus foram denunciados pelo Procurador-Geral da República pela suposta prática dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro, em concurso material e em concurso de pessoas. Houve o desmembramento do processo no Supremo e a AP 536 passou a tramitar apenas contra Eduardo Azeredo, por ele ser deputado federal à época. A denúncia foi recebida pelo Supremo em 2009. Posteriormente, o réu foi interrogado e as testemunhas de acusação e defesa foram ouvidas. Em 2014, o Procurador-Geral da República apresentou alegações finais e, reiterando os termos da denúncia, pediu a aplicação de uma pena de 22 anos de prisão. Em 2014, o réu comunicou ao Supremo que havia renunciado ao mandato de deputado" (Notícias do STF de 2014).

Nesse caso concreto, o STF entendeu não ter havido fraude processual e abuso de direito e, assim, determinou, depois de mais de 9 anos de tramitação do feito, a sua remessa para o juízo de primeiro grau.

Diferentemente do entendimento firmado na AP 396, houve o afastamento do risco de prescrição da pena em abstrato e não se reconheceu, como dissemos, a caracterização de abuso de direito.

Propôs, então, o Min. Roberto Barroso, Relator, a definição de um critério geral mais objetivo para o reconhecimento da fraude em casos futuros, sustentando a aplicação analógica do art. 55, § 4º, da CF/1988, e, portanto, o marco temporal do recebimento da denúncia. Muito embora acompanhado por outros 3 Ministros, infelizmente, no referido julgado, não houve maioria absoluta para a definição do marco temporal, deixando a Corte essa fixação para outro momento.

9.9.2.3.5 Viragem jurisprudencial. Novo entendimento da Corte. Mutação constitucional: AP 937 QO (j. 2018)

---

expedindo-se o competente mandado de prisão (AP 396-ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2013, Plenário, DJE 2013).

O tema da prerrogativa de foro voltou a ser analisado pelo STF na apreciação da questão de ordem na AP 937, suscitada pelo Min. Barroso, Relator, em 2017 (DJE de 2017). Vejamos a cronologia dos fatos para, em seguida, descrever a nova posição da Corte, estabelecendo marcante viragem jurisprudencial (mutação constitucional):

• Eleições municipais de 2008: suposta prática de crime;

• Outubro de 2008: o suposto autor do crime foi reeleito Prefeito de município do Rio de Janeiro;

• 1º.01.2009: assume a Prefeitura;

• 30.01.2013: recebimento de denúncia pelo TRE do RJ, pela suposta prática do crime de captação ilícita de sufrágio. Porém, como já havia encerrado o mandato de Prefeito, o TRE anulou o recebimento da denúncia e declinou a competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro;

• 14.04.2014: Juízo eleitoral de 1ª instância recebe a denúncia;

• Outubro/2014: o ex-Prefeito é eleito suplente de Deputado Federal pelo Rio de Janeiro;

• 10.02.2015: diplomado Deputado Federal, em razão de afastamento de Deputados de seu partido;

• 14.04.2016: deixa o cargo de Deputado Federal, em razão do retorno dos Deputados que haviam sido afastados;

• 19.04.2016: assume novamente como Deputado Federal, em razão do afastamento do titular;

• 13.09.2016: assume definitivamente como Deputado Federal, em razão da perda de mandato do titular;

• 1º.01.2017: renúncia ao mandato de Deputado Federal para assumir como Prefeito de município do Rio de Janeiro (terceiro mandato);

• 15.02.2017: o Relator da AP 937 suscita questão de ordem a ser apreciada pelo pleno do STF, sustentando, diante da "disfuncionalidade do foro por prerrogativa de função", a possiblidade de conferir interpretação restritiva às normas constitucionais que disciplinam o assunto;

• 31.05.2017: iniciado o julgamento pelo pleno do STF, o Min. Relator lança tese propondo interpretação restritiva às normas constitucionais que tratam sobre a prerrogativa de foro, limitando as competências jurisdicionais aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas por parlamentares federais;

• 1º.06.2017 – 29.09.2017 (pedido de vista e devolução dos autos para julgamento): após o voto do Min. Marco Aurélio, acompanhando em parte o Ministro Relator, e os votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), acompanhando o Ministro Relator, pediu vista dos autos o Min. Alexandre de Moraes (4 Ministros – o Relator e mais três Ministros sustentando as teses lançadas);

• 23.11.2017 – 27.03.2018 (pedido de vista e devolução dos autos): após o voto-vista do Min. Alexandre de Moraes, acompanhando, em parte, o Relator, nos termos de seu voto, e após os votos dos Min. Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, acompanhando integralmente o Relator, pediu vista dos autos o Min. Dias Toffoli. Dentre os 8 votos já computados, 6 sustentavam integralmente as teses lançadas (o Relator e outros 5 Ministros);

• 02.05.2018: após os votos dos Min. Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, acompanhando em parte o Relator, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso;

• 03.05.2018: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, tendo o Min. Dias Toffoli reajustado o seu voto, resolveu questão de ordem no sentido de confirmar as teses lançadas (6 Ministros acompanharam integralmente as duas teses) e, por consequência, determinou o retorno dos autos para o juízo eleitoral da 1ª instância, aplicando já o novo entendimento.

Observando a cronologia dos fatos acima descritos, o suposto delito teria sido cometido em 2008, quando o réu disputou a Prefeitura de determinado município do Rio de Janeiro, tendo sido a ação penal proposta em razão de indicada, e ainda a ser apurada, prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Como foi eleito, o caso começou a ser julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, descreve o Min. Barroso, de acordo com a denúncia, nas eleições municipais de 2008, o réu teria angariado votos para se eleger Prefeito, por meio da entrega de notas de R$ 50,00 e da distribuição de carne aos eleitores. O Tribunal Regional Eleitoral (TRE) recebeu a denúncia em 2013. No entanto, com o encerramento do mandato do réu como Prefeito, o Tribunal Regional Eleitoral declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro. Na sequência, o TRE, em sede de *habeas corpus*, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, já que, à época, o acusado "já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função". O Juízo eleitoral de 1ª instância proferiu, então, nova decisão de recebimento da denúncia em 2014 e realizou a instrução processual, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu (descrição apresentada em decisão proferida pelo Relator na AP 937, afetando a questão ao pleno do STF, j. 2017).

Em momento seguinte, o réu foi diplomado Deputado Federal, em razão de ser 1º Suplente e ter ocorrido o afastamento dos Deputados eleitos. Nesse sentido, os autos foram remetidos para o STF. Quase um ano depois, ele teve que se afastar, pois os Deputados eleitos reassumiram os cargos. Em seguida, assumiu em definitivo, pois foi declarada a perda do mandato do titular.

Finalmente, novamente eleito Prefeito de mesma cidade do Rio de Janeiro (3º mandato, não consecutivo), renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura em 2017.

Na medida em que os autos ainda estavam no STF, o Min. Barroso, Relator, suscitou a questão de ordem para enfrentar o tema da prerrogativa de foro. Descrevendo uma problemática, qual seja, o que chamou de "disfuncionalidade prática do regime de foro", sustentou a necessidade de se repensar o instituto, seja por alteração constitucional (lembramos que o Senado Federal aprovou a PEC 10/2013), seja por drástica mudança de interpretação constitucional (mutação constitucional), a partir de três razões:

• razões filosóficas: "trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável";

• razões estruturais: "Cortes Constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso. O julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como Mensalão) ocupou o Tribunal por um ano e meio, em 69 sessões";

• razões de justiça: "o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal".

Em 2018, 6 Ministros aderiram integralmente às seguintes teses, estabelecendo que a nova linha interpretativa (inegável viragem jurisprudencial, a partir de mutação constitucional) deva ser aplicada imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1999). Vejamos:

• "o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas"; e

• "após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

Cabe lembrar que o Min. Barroso, em 2017, antes mesmo desse desfecho dado pelo Plenário, tendo em vista o que chamou de "improbabilidade de reversão da orientação" que já havia se firmado e que já contava com o apoio de 8 Ministros (já que o caso específico se enquadrava também na linha do entendimento firmado pelos Min. Alexandre de Moraes e Marco Aurélio), no julgamento do Inq. 3.026, monocraticamente, declinou a competência remetendo os autos do inquérito para a primeira instância, já que determinado Deputado Federal estava "sendo investigado pela prática, em tese, de crimes contra a Administração Pública cometidos durante o exercício da presidência da Câmara de Vereadores de Natal, entre 2005 e 2006" e, portanto, por supostos crimes sem nenhuma relação com a função parlamentar desempenhada.

Para ele, o caso específico (Inq. 3.026) retratava a mencionada "disfuncionalidade" do sistema: "o processo já tramitou em quatro jurisdições: no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Justiça do Estado, na primeira instância da justiça estadual e encontra-se de volta ao STF".

Conforme observou – e entendemos interessante descrever a problemática da questão e a nova orientação que está sendo sedimentada na Corte, "a restrição do foro aqui proposta – como a restrição do foro em geral – resolve, sobretudo, os problemas que ele acarreta para o Supremo Tribunal Federal. Dentre eles, a politização indevida da Corte, a criação de tensões com o Congresso Nacional e o desprestígio junto à sociedade, por se tratar de uma competência que ele exerce mal. Há uma visão atrasada que ainda prevalece em alguns espaços da vida brasileira de que quanto mais competências se têm, maior a quantidade de poder. Nesta visão, o poder não é uma forma de fazer o bem e promover justiça, mas um instrumento para proteger os amigos e perseguir os inimigos. Já é boa hora de se superarem os ciclos do atraso institucional e existencial no Brasil".

Mas alertou a inegável e problemática disfunção: "a restrição do foro não resolve o problema da impunidade entre nós. Quanto a esta, além de fatores superestruturais, como a cultura da desigualdade, a seletividade do sistema e a crença de que a criminalidade do colarinho branco não tem grande gravidade, é preciso enfrentar um sistema processual penal obsoleto, baseado no oficialismo e na cultura da procrastinação, voltada a prolongar indefinidamente os processos, seja no cível, seja no crime. O Poder Judiciário, no Brasil, acaba sendo o refúgio dos que não têm razão [...]" (decisão).

Conforme vimos, a nova linha interpretativa estabelecida pelo pleno do STF no julgamento da questão de ordem na AP 937 deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inq. 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1999).

Esse entendimento, que sofreu críticas por parte da doutrina em razão de alegada violação à garantia do juiz natural, já é realidade incontornável no STF e tem motivado, por parte dos Ministros, a imediata remessa de processos criminais e inquéritos para os juízes de 1ª instância nos termos da tese fixada, destacando-se, por exemplo: as ações penais nº 607, 907, 928, 945, 956, 970, 991, 1.004 e os inquéritos nº 3.611, 3.850, 4.125, 4.306, 4.510, entre tantos outros.

Destacamos importante crítica feita pelos Min. Dias Toffoli e Gilmar Mendes no sentido de se estender o novo entendimento para todas as autoridades, pois não faria sentido que a nova interpretação valesse apenas para 513 Deputados e 81 Senadores, quando, em verdade, como se sabe, mais de 50.000 autoridades ostentam a prerrogativa, muitas vezes

estabelecida em Constituições estaduais, que têm fixado a prerrogativa para Procuradores de Estado, Secretários, Defensores Públicos etc.

Diante dessa situação, em 2018, o Min. Dias Toffoli encaminhou à Min. Cármen Lúcia, Presidente do STF, o Ofício nº 10/2018-GMDT, propondo a edição de duas súmulas vinculantes, com a seguinte redação (PSV 131/2018):

• "Súmula Vinculante nº (x): A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública";

• "Súmula Vinculante nº (xx): São inconstitucionais normas de Constituições Estaduais e, da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria".

Conforme observou, a prerrogativa de foro constitui exceção ao princípio republicano e, assim, disse o Ministro, deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, faz total sentido seguir a linha do decidido pela Corte na AP 937 QO e restringir a prerrogativa em relação aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados a funções desempenhadas.

Essa observação está perfeita, até porque não se pode pensar a prerrogativa relacionada à pessoa, mas, por outro, à função desempenhada. Por esse motivo, preferimos a expressão "prerrogativa de foro" à "foro privilegiado", pois, como se disse, não se pode pensar o instituto como um privilégio de alguém, mas, em verdade, como uma prerrogativa que decorra do efetivo exercício da função.

A partir do silêncio eloquente sobre a prerrogativa de foro no art. 27, § 1º, da CF/1988, (que manda aplicar aos parlamentares estaduais as regras sobre imunidades previstas para os parlamentares federais, não falando nada sobre foro), tem razão ao afirmar que a competência para legislar sobre direito processual é da União e não dos Estados e do DF, sustentando, assim, a inconstitucionalidade dessas disposições.

Em nossa opinião, o STF já poderia ter definido o tema no dia da votação do precedente em análise, conforme proposto pelos Min. Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Infelizmente, contudo, teremos que aguardar a solução a ser dada em processos isolados, bem como no julgamento da referida proposta de súmula vinculante, não se tendo perspectivas de quando serão apreciadas (pendentes).

Finalmente, a decisão do STF orientará a linha restritiva de interpretação dada ao instituto. Pioneiramente, logo após a decisão do STF, 2 dias depois., o Min. Luis Felipe Salomão do STJ, monocraticamente, determinou a baixa dos autos para a 1ª instância em que figurava como réu o Governador de Estado por suposta prática de crimes de responsabilidade de Prefeito e, portanto, sem relação com o cargo de Governador (AP 866/STJ, j. 2018 – acolhida pelo Órgão Especial em 2018).

Destacamos, ainda, decisão restritiva proferida pelo STJ, enaltecendo a contemporaneidade e a pertinência temática para se estabelecer a prerrogativa de foro. Assim, mesmo no caso de reeleição, o STJ entendeu que a competência deveria ser do juízo de 1ª instância para crime cometido durante o mandato anterior (fazendo valer, inclusive, a regra da unidade de legislatura, destacando o isolamento dos mandatos para se aplicar a interpretação estabelecida pelo STF (QO na AP 874-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, por maioria, j. 2019).

No fundo, o STJ não adentrou na discussão da tese 2 fixada pelo STF, que estabeleceu, de modo claro, um verdadeiro "marco temporal uniforme e objetivo de *perpetuatio jurisdictionis* que se aplica a todos os casos de investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado, independentemente de abuso processual" (voto do Min. Barroso, do acórdão publicado na AP 937 QO).

Resgatemos, novamente, a tese 2 estabelecida pelo STF: "após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

E se for reeleito e a apuração do fato criminoso praticado durante o exercício do primeiro mandato e relacionado à função já estiver em fase avançada, ou seja, a ação penal já estiver em fase posterior ao final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, nesse caso, haveria *perpetuatio jurisdictionis*?

Pela tese 2 fixada pelo STF, apesar de não ter descrito essa situação de reeleição, parece que sim.

A situação fática da discussão do STJ é muito particular (réu no 4º mandato de Governador – 2ª reeleição, sendo discutido fato criminoso supostamente praticado no 2º mandato – 1ª reeleição, com intervalo de exercício de cargo de Senador da República).

Em certa medida, parece que o STF, na tese 2 fixada na AP 937 QO, resgata alguma lógica da cancelada S. 394, claro que bem diferente, pois o marco temporal é bem mais avançado. Pensamos, contudo, que melhor seria a observância da contemporaneidade e pertinência temática, ou seja, findo o mandato, finda a prerrogativa, salvo em caso de fraude processual – renúncia, quando, então, faria sentido adotar um marco temporal.

Conforme se observa, a proposta de súmula vinculante encaminhada não entra nessa questão de definição de marco temporal em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, ou, ainda, vir a ser reeleito. Certamente, um tema que irá mobilizar novamente a Corte.

E qual o motivo de estarmos nesta nova edição do livro resgatando esse tema da prerrogativa de foro?

Certamente o tema será novamente apreciado pelo STF diante das novidades introduzidas pela Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), que ampliou, significativamente, os tipos penais, explicitando os sujeitos do crime.

Referida Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

- servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;
- membros do Poder Legislativo;
- membros do Poder Executivo;
- membros do Poder Judiciário;
- membros do Ministério Público;
- membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Reputa-se agente público, para os efeitos, da Lei nº 13.869/2019, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo art. 2º,caput, da Lei nº 13.869/2019.

Nesse sentido, esperamos que o STF decida com rapidez a PSV nº 131/2018, analisando, também, a questão do marco temporal objetivo (que não está na proposta).

9.9.2.4 Foro por prerrogativa de função e jurisdições de categorias diversas – A discussão sobre o desmembramento

As prerrogativas de foro são definidas pela Constituição em relação às autoridades no exercício efetivo da função. Assim, de acordo com o entendimento fixado pela Corte, por exemplo e conforme visto, um ex-parlamentar não teria mais a referida prerrogativa com o término do seu mandato ou nas citadas hipóteses de fraude.

Contudo, em razão de circunstâncias especiais a serem apreciadas, demonstradas e justificadas em cada caso concreto, lembrando que, nos termos do art. 78, III, do CPP, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, poder-se-á deliberar no sentido do julgamento conjunto de todos os corréus (cf. Inf. 673/STF).

Esse entendimento, negando o desmembramento, foi o que se verificou no julgamento do "mensalão" (Inq. 2.245 e correspondente AP 470), no qual, dos 38 réus, apenas 3 eram parlamentares, e, diante dessa circunstância, decidiu a Corte, em razão da prerrogativa, no sentido da competência do STF para o julgamento de todos[43] os réus. Vejamos:

"Questão de ordem. Inquérito. Desmembramento. Art. 80, do CPP. Critério subjetivo afastado. Critério objetivo. Inadequação ao caso concreto. Manutenção integral do inquérito sob julgamento da Corte. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do art. 80, do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do STF, de todas as pessoas denunciadas" (Inq 2.245-QO-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, Plenário, DJ de 2007, e entendimento mantido na solução de questão de ordem que se colocou na correspondente AP 470, em 2012 – cf. outros detalhes do tema no item 10.4.14.4).

Devemos deixar claro, contudo, que o desmembramento é a regra. Somente em situações excepcionalíssimas é que deve haver o julgamento conjunto no Tribunal com jurisdição de maior graduação. (Remetemos o nosso ilustre leitor para o item 10.4.14.4, no qual desenvolvemos a matéria e trazemos importante tentativa de roteirização proposta pelo Min. Roberto Barroso no julgamento do Inq 3.515 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2014.)

9.9.2.5 Outras garantias

• sigilo de fonte: de acordo com o art. 53, § 6º, da CF/1988, e conforme já estabelecido antes do advento, da EC nº 35/2001, "os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações";

• incorporação às forças armadas de Deputados e Senadores: "a incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva" (art. 53, § 7º, da CF/1988, mantida a referida garantia na EC nº 35/2001);

• imunidades durante a vigência de estado de sítio e de defesa: como regra geral, durante a vigência desses estados de anormalidade, os parlamentares não perdem as imunidades. Apenas durante o estado de sítio as imunidades poderão ser suspensas, mediante o voto de

[43] Interessante anotar que o STF, em 2012, acolheu preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo Defensoria Pública Federal pela falta de intimação de advogado constituído, anulando o processo a partir da defesa prévia e determinando o desmembramento do feito, com a remessa dos autos para a justiça de primeira instância, para dar andamento à persecução penal (Inf. 675/STF)

2/3 dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8º, da CF/1988, regra essa mantida pela EC nº 35/2001).

9.9.2.6 As imunidades parlamentares podem ser renunciadas?

Imaginem vocês, candidatos que se preparam para concursos públicos, que, em determinado momento, o examinador formule as seguintes questões:

• José da Silva, deputado federal, no exercício do mandato, portanto, após a diplomação, comete um crime. Recebida a denúncia no STF, após ser dada ciência ao Parlamento há sustação do andamento da ação. O deputado, inconformado com a acusação, faz questão de ser processado, para provar a sua inocência. Que deverá fazer? Como as imunidades parlamentares dizem respeito ao cargo que ocupa e não à pessoa, a única maneira que o parlamentar encontrará para provar a sua inocência será esperar o término do mandato, ou renunciar de imediato, para que perca, então, a imunidade;

• José da Silva, deputado federal, na tribuna, em empolgante discurso, declara que o governo federal desviou verba do erário público, de forma irregular. Em meio à empolgação, diz ter dados seguros e, inclusive, diz renunciar às suas imunidades para provar que fala a verdade. Isso é possível? Não, na medida em que as imunidades são irrenunciáveis. Caso fale isso, podemos encarar como mera demagogia política.

Portanto, devemos observar, mais uma vez, que as imunidades parlamentares são irrenunciáveis por decorrerem da função exercida, e não da figura do parlamentar.

Assinalou Celso de Mello que "o instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar "*ratione muneris*", em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição" (Inq. 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1991, Plenário, RTJ 135/509).

9.9.2.7 As imunidades parlamentares estendem-se aos suplentes?

As imunidades parlamentares são prerrogativas que decorrem do efetivo exercício da função parlamentar. Não são garantias da pessoa, mas prerrogativas do cargo. Assim, as imunidades, inclusive a prerrogativa de foro, não se estendem aos suplentes, a não ser que assumam o cargo ou estejam em seu efetivo exercício (cf. Inqs. 2.453-AgR, 2.421-AgR e 2.800).

9.9.3 Parlamentares estaduais e do DF

Aos Deputados Estaduais (cf. art. 27, § 1º, da CF/1988) serão aplicadas as mesmas regras previstas na Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Todo esse entendimento deve ser aplicado em relação aos Deputados Distritais, na medida em que o art. 32, § 3º, da CF/1988 determina a aplicação das regras do art. 27, da CF/1988.

O STF, por 6 x 5, negou medidas cautelares nas ADIs 5.823, 5.824 e 5.825, nas quais se discute a extensão a deputados estaduais das imunidades formais prescritas para os parlamentares federais, tendo prevalecido o entendimento de que as regras da Constituição Federal relativas à imunidade dos deputados federais são aplicáveis aos deputados estaduais (j. 2019 – mérito pendente).

9.9.4 Parlamentares municipais

De acordo com o art. 29, VIII, da CF/1988, como já visto, os Municípios reger-se-ão por Lei Orgânica, que deverá obedecer, dentre outras regras, à da inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Ou seja, o Vereador Municipal somente terá imunidade material (excluindo-se a responsabilidade penal e a civil), desde que o ato tenha sido praticado *in officio* ou *propter officium* (devendo haver, assim, pertinência com o exercício do mandato) e na circunscrição municipal, não lhe tendo sido atribuída a imunidade formal ou processual. Nesse sentido, precisas são as palavras do Min. Celso de Mello:

"EMENTA: 1. A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (art. 29, VIII, c/c o art. 53, caput, da CF/1988) exclui a responsabilidade penal (e também civil) do membro do Poder Legislativo (Vereadores, Deputados e Senadores), por manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*) ou externadas em razão deste (prática *propter officium*). Tratando-se de Vereador, a inviolabilidade constitucional que o ampara no exercício da atividade legislativa estende-se às opiniões, palavras e votos por ele proferidos, mesmo fora do recinto da própria Câmara

Municipal, desde que nos estritos limites territoriais do Município a que se acha funcionalmente vinculado. Precedentes. AI 631.276/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). 3. Essa prerrogativa político-jurídica – que protege o parlamentar (como os Vereadores, p. ex.) em tema de responsabilidade penal – incide, de maneira ampla, nos casos em que as declarações contumeliosas tenham sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente da tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional. Doutrina. Precedentes" (AI 818.693, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, decisão monocrática, DJE de 2011. No mesmo sentido, cf. HC 74.201, j. 1996).

Reafirmando o entendimento, o STF estabeleceu que a locução no exercício do mandato "deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo" (RE 600.063, j. 2015, DJE de 2015).

Além disso, nos termos do art. 29, IX, da CF/1988, a Lei Orgânica também deverá observar as proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto na da CF/1988 para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembleia Legislativa.

9.10 Incompatibilidades e Impedimentos dos Parlamentares Federais

Em decorrência de sua nobre função, aos parlamentares é vedado o exercício de algumas atividades, bem como determinados comportamentos, desde a expedição do diploma e, posteriormente, após tomarem posse. Os Deputados e Senadores não poderão, enuncia o art. 54, I e II, da CF/1988:

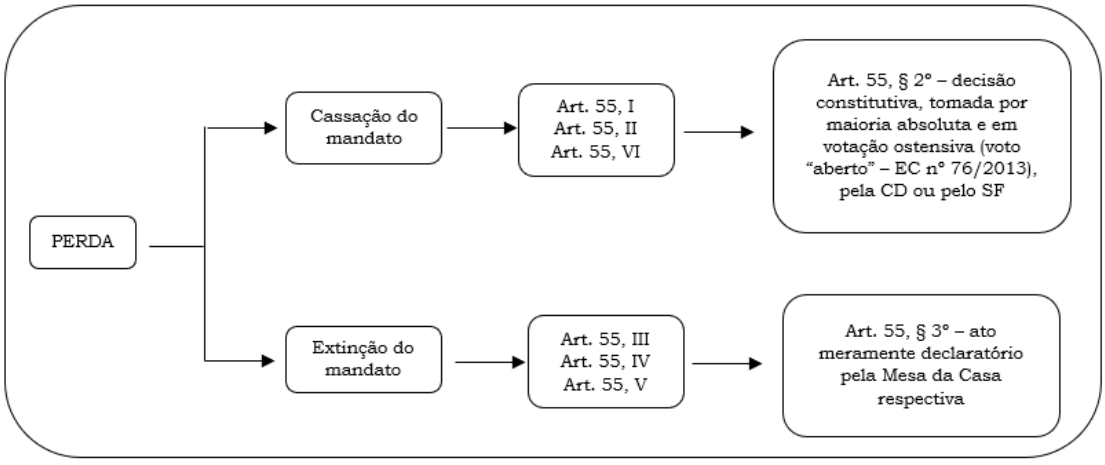
I – desde a expedição do diploma	a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; "b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior.
II – desde a posse	a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

9.11 Perda do Mandato do Deputado ou Senador

9.11.1 Hipóteses de perda do mandato e suas peculiaridades

O art. 55, da CF/1988 estabelece que perderá o mandato o parlamentar federal:

HIPÓTESES DE PERDA DO MANDATO (ART. 55, da CF/1988)	**PECULIARIDADES**
I – quando o parlamentar infringir qualquer das proibições estabelecidas no art. 54, da CF/1988 (quadro anterior);	§ 2º a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;	§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. Nesta hipótese, de acordo com o art. 55, § 2º, da CF/1988, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;	§ 3º a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos (Obs.: sabemos ser, na vigência, da CF/1988, vedada a cassação de direitos políticos. Porém, o art. 15, da CF/1988 estabelece hipóteses de perda e suspensão);	§ 3º a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;	§ 3º a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.	§ 2º a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.



9.11.2 Cassação[44] x extinção do mandato

Pela regra fixada no art. 55, § 2º, da CF/1988, na hipótese de cassação do mandato, a sua perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. Em se tratando de extinção, por outro lado (art. 55, § 3º, da CF/1988), a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Dessa forma, na primeira situação (cassação – decisão – pela Casa), o provimento político terá natureza constitutiva. Na segunda (extinção – declaração – pela Mesa), a natureza será declaratória.

Cassação do mandato, ensina José Afonso da Silva,[45] "é a decretação da perda do mandato por ter seu titular incorrido em falta funcional definida em Lei e punida com esta sanção". Extinção do mandato, por seu turno, define-se como "o perecimento do mandato pela ocorrência de fato ou ato que torna automaticamente inexistente a investidura eletiva, tal como a morte, a renúncia, o não comparecimento a certo número de sessões expressamente fixado (desinteresse, que a Constituição eleva à condição de renúncia), perda ou suspensão dos direitos políticos". Nesse caso, trata-se de provimento meramente declaratório, pois a Mesa apenas reconhece (por declaração) a ocorrência do fato ou ato do perecimento do mandato.[46]

9.11.3 Votação aberta na hipótese de cassação do mandato: aprovação da "PEC do voto aberto" (EC nº 76/2013). Avanço democrático

Conforme visto, nas hipóteses de cassação do mandato (art. 55, I, II e VI, da CF/1988), de acordo com a Constituição, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, nos termos do art. 55, § 2º, da CF/1988.

Aperfeiçoando a regra estabelecida pelo constituinte originário, a EC nº 76/2013 aboliu a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou de Senador. Dessa forma, a votação deverá ser ostensiva, ou seja, aberta, para que o povo saiba como os seus

---

[44] Deve-se deixar claro que estamos falando em cassação do mandato, e não em cassação de direitos políticos, esta expressamente inadmitida na Constituição, cujo art. 15, da CF/1988 prescreve somente as hipóteses de perda ou de suspensão de direitos políticos.

[45] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[46] *Ibid.*

representantes votaram em relação a situações extremamente graves como a condenação criminal de parlamentar.

9.11.4 A perda do mandato parlamentar em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado e a interpretação fixada pelo STF no julgamento da AP 470 ("mensalão"), bem como da AP 565 (art. 15, III, versus art. 55, § 2º e 3º, da CF/1988). O caso concreto da AP 396.[47] Proposta de exceção objetiva à regra geral (MS 32.326 e APs 694 e 863)

Conforme já anunciamos anteriormente, em um primeiro momento o STF entendeu que, na hipótese de condenação de réus parlamentares pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública, tendo em vista tratar-se de conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo, impunha-se "a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional" (AP 470, j. 2013).[48]

Evoluindo, contudo, a Corte mudou o entendimento e passou a reconhecer a especialidade do art. 55, § 2º, da CF/1988, no sentido de a perda do cargo depender de decisão da Casa (AP 565, j. 2013).

AP 470 – "mensalão" – j. 2012 (primeira orientação, superada em momento seguinte)

O tema precisava ser esclarecido pela Suprema Corte, que o fez, em um primeiro momento, em julgamento apertado, por 5 x 4, ao decidir que os três Deputados Federais condenados na AP 470 ("mensalão") e que ainda exerciam o mandato, quais sejam, João Paulo Cunha (PT/SP), Pedro Henry (PP/MT) e Valdemar Costa Neto (PR/SP), perderiam, automaticamente, os seus mandatos com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A decisão, muito embora tenha sido proferida pela maioria exigida, deu-se sem estar completo o pleno da Corte.

O Min. Teori Albino Zavascki, apesar de já ter tomado posse em 2012, em razão da vaga deixada pelo Ministro Cezar Peluso, aposentado em setembro ao completar 70 anos, não participou do referido julgamento.

---

[47] Sobre o assunto, sugerimos vídeo por nós gravado à época dos fatos, em 2013, devendo ser atualizado com a informação da aprovação da "PEC do voto aberto", promulgada como EC nº 76/2013: Perda do Mandato Parlamentar – caso Natan Donadon – Mensalão – PEC do Voto Aberto.

[48] A discussão surgiu em relação aos parlamentares federais. Houve unanimidade no sentido da decretação da perda de mandato eletivo do réu que exercia mandato de prefeito (José Borba, então prefeito de Jandaia do Sul, no Paraná). Dessa forma, ficou estabelecido que a regra da cassação imediata de mandatos incide, por inteiro, em relação aos ocupantes dos cargos eletivos do Executivo: Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, bem como os Prefeitos.

Ainda, no momento da decisão (2012), encontrava-se também em aberto a vaga do Min. Ayres Britto, aposentado compulsoriamente desde 2012, nos termos do Decreto presidencial de 2012, e que veio a ser preenchida somente com a indicação e posse do Min. Luís Roberto Barroso em 2013.

Portanto, 9 Ministros, naquele momento, resolveram a questão. Estando empatado em 4 x 4 (no sentido ou não da perda automática do mandato, em razão da sentença penal condenatória transitada em julgado), o Min. Celso de Mello, em 2012, proferiu o voto de desempate, determinando a aplicação do art. 55, § 3º, da CF/1988, que apenas atribui ao Parlamento o poder de declarar a perda do mandato, e não o de decidir sobre a sua concretização, afastando-se, assim, a regra contida no art. 55, § 2º, da CF/1988.

De acordo com a sua decisão, "... todos os condenados por mais de 4 anos de reclusão ou cuja condenação diga respeito a ato de improbidade administrativa – o que ocorre nos crimes contra a administração pública, tais como peculato e corrupção passiva, deve implicar automaticamente a perda dos mandatos eletivos. E, neste caso, a perda deve ocorrer, no entender do ministro Celso de Mello, mesmo que a pena seja inferior a quatro anos, como no crime de peculato, punido com penas que vão de 2 a 12 anos de reclusão. Já quanto aos demais casos, isto é, em condenações por tempo inferior e por delitos de menor potencial ofensivo, caberá à Câmara, no entendimento do ministro Celso de Mello, deliberar sobre a perda ou não do mandato, conforme previsto no art. 55, § 2º, da CF/1988" (Notícias STF, 2012).

Cabe observar que, além desses argumentos trazidos pelo Min. Celso de Mello, o STF estabeleceu que, uma vez transitado em julgado o processo (Inf. 693/STF):

• por unanimidade, ficam suspensos os direitos políticos de todos os réus condenados, com base no art. 15, III, da CF/1988;

• por maioria, fica decretada a perda de mandato eletivo dos Deputados Federais acusados na ação penal;

• as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos previstas no art. 15, da CF/1988 são taxativas;

• o Poder Legislativo pode decretar a perda de mandato de Deputado Federal ou Senador, com fundamento em perda ou suspensão de direitos políticos, bem assim em condenação criminal transitada em julgado (art. 55, IV e VI, da CF/1988). Essa previsão constitucional, contudo, vincula-se aos casos em que a sentença condenatória não decretar a perda de mandato, em razão de não estarem presentes os requisitos legais (art. 92, I, "a" e "b", e parágrafo único, do CP),[49] ou alguma legislação especial, como a Nova Lei de Abuso de

[49] Art. 92 do CP: "São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada

Autoridade – art. 4º, III e parágrafo único, da Lei nº 13.869/2019[50]), ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior;

• não se aplica o art. 55, da CF/1988 (juízo político), uma vez que a perda de mandato eletivo caracteriza-se como efeito irreversível da sentença condenatória;

• de acordo com o art. 55, § 3º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 35/2001, estabeleceu-se a possibilidade de suspensão do processo, com o objetivo de se evitar que o parlamentar seja submetido a perseguição política. Na medida em que essa situação não se verificou, o feito poderia seguir o seu trâmite regular;

• os réus cometeram crimes contra a Administração Pública quando no exercício do cargo, a revelar conduta incompatível com o exercício de mandato eletivo.

Ressalte-se que esse primeiro entendimento sobre a perda automática do mandato não refletia a jurisprudência do STF que, de modo instável (lembrando que o placar foi fixado por 5 x 4), modificou-se sem a composição completa da Corte.

Isso porque, conforme se observa pelos precedentes indicados abaixo, o STF entendia ser a regra do art. 55, § 2º, da CF/1988 especial sobre a regra geral do art. 15, III, da CF/1988, (nesse sentido, preciso o voto do Min. Dias Toffoli, apesar de vencido, nesse primeiro momento, proferido no julgamento do "mensalão"):

• MS 21.443/DF (j. 1992): não obstante a decisão tenha analisado uma situação concreta de falta de decoro parlamentar (art. 55, II, da CF/1988), assim definiu o Min. Paulo Brossard: "observadas as formalidades constitucionalmente enunciadas, a decisão, da Câmara ou do Senado, poderá ser discutível, poderá ser injusta, poderá ser desacertada, mas será definitiva e irrecorrível; será insuscetível de revisão judicial. Porque a Constituição deu à Câmara e só à Câmara, ao Senado e só ao Senado, a competência para decidir algo que à Câmara e ao Senado diz respeito".

• RE 179.502 (j. 1995): apesar de ser a questão diferente, na linha do voto do Min. Relator Moreira Alves, pelo princípio da especialidade, a regra do art. 55, VI e § 2º, da CF/1988, deveria prevalecer sobre a regra geral do art. 15, III, da CF/1988, (*lex speciali derrogat lex generali*). Nesse sentido, bastante elucidativo o voto do Min. Celso de Mello.

---

pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos; (...) Parágrafo único. Os efeitos de que trata este art. não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

[50] Em se tratando de aplicação da Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), o art. 4º, III, da Lei nº 13.869/2019, define serem efeitos da condenação a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Esses efeitos, contudo, são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade, não sendo automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 13.869/2019). Cabe observar que, em alguns crimes, por outro lado, o efeito da perda decorre automaticamente da sentença, por exemplo, nos crimes de tortura, já que, segundo o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/1997, a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Não é o caso dos crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade.

Esse entendimento, que então prevalecia no STF, superado naquele primeiro momento da análise da AP 470, parecia seguir a ratio da regra prevista pela Assembleia Nacional Constituinte que acolheu, por 407 votos (16 contrários e 6 abstenções, de um total de 429), a Emenda nº 1.895 – Modificativa do texto do "Centrão" (de autoria do Constituinte Antero de Barros, destacada pelo Constituinte Fernando Lyra), para fixar, com precisão, a regra especial do art. 55, § 2º e § 3º, da CF/1988, sendo que, no caso, como explicou o Constituinte Nelson Jobim, teria o objetivo de, em relação à condenação criminal (embora estivessem preocupados, na discussão, com os crimes de menor potencial ofensivo, reconheça-se), entregar a decisão, que seria política, ao pleno das Casas respectivas, não sendo a perda do mandato automática.[51]

O STF, contudo, de modo explícito, definiu posicionamento, estabelecendo interpretação harmonizadora dos dispositivos em antinomia (art. 15, III, e art. 55, VI, § 2º, da CF/1988) a partir do substrato axiológico de normas constitucionais (ética e moralidade na administração pública, isonomia e princípio republicano).

AP 565 – Mudança de Entendimento – aplicação da regra especial do art. 55, § 2º, da CF/1988 – a perda do mandato depende de deliberação da Casa – j. 2013.

CUIDADO: em momento seguinte, como se apontou, no julgamento da AP 565, em 2013, agora com os votos do Min. Teori Zavascki e do Min. Luís Roberto Barroso, por 6 x 4 (o Min. Fux não votou porque se declarou impedido, pois já havia julgado o caso concreto quando era Ministro do STJ), o STF decidiu que a perda do mandato parlamentar não é automática e depende de manifestação da Casa, declarando a regra do art. 55, § 2º, da CF/1988, especial em relação à geral contida no art. 15, III, da CF/1988.

Ainda, ficou estabelecido que a perda do mandato a ser decidida pela Casa não impediria o réu parlamentar de cumprir a pena imposta. Assim, a Corte, reconhecendo o não cabimento de qualquer outro recurso, certificou o trânsito em julgado, determinou fosse lançado o nome dos réus no rol dos culpados e expediu os competentes mandados de prisão.

AP 396 e a EC nº 76/2013 (fruto da aprovação da "PEC do voto aberto") – histórica primeira votação aberta.

Pois bem, diante desse novo posicionamento, qual seja, o de que a perda do mandato não é automática, em outro caso, envolvendo a condenação de Deputado Federal à pena de mais de 13 anos de reclusão, em regime fechado, por formação de quadrilha e peculato (AP 396, Natan Donadon), diante da Representação nº 20/2013, levou-se à Câmara dos Deputados a discussão sobre a perda do mandato parlamentar.

---

[51] Cf. Ata da 224ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 1988, publicada em 1988.

Em 2013, a Casa manteve o mandato do deputado federal que cumpria pena. Isso mesmo, estávamos diante da estranha situação de se ter um deputado federal mantido no cargo e cumprindo pena em regime fechado.[52]

Essa situação gerou a revolta da sociedade e, sem dúvida, serviu para a mobilização do Congresso Nacional.

Procurando "escutar a voz das ruas", o Parlamento passou a analisar duas propostas de emenda: a) "PEC do voto aberto" (pois, naquele momento, a votação ainda era secreta); b) PEC que estabelece a perda imediata do mandato de parlamentar condenado por crimes contra a Administração Pública.

A primeira foi aprovada e promulgada como EC nº 76/2013. A segunda, até o fechamento desta edição, ainda estava sendo discutida no Parlamento (matéria pendente), apesar dos avanços trazidos pela Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019).

Em se tratando de aplicação da Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), apenas para destacar, o art. 4º, III, da Lei nº 13.869/2019, define serem efeitos da condenação a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Esses efeitos, contudo, são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade, não sendo automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 13.869/2019).

Voltando aos efeitos práticos da aprovação da "PEC do voto aberto", em 2014, em nova votação e à luz da regra introduzida pela EC nº 76/2013, a Câmara dos Deputados cassou, por 467 votos favoráveis e 1 abstenção, o mandato do Deputado Federal Natan Donadon, assumindo, assim, de modo definitivo o seu suplente.

A sociedade presenciou a histórica primeira votação aberta na Câmara dos Deputados, "corrigindo" o dito "erro político" cometido na primeira votação (pelo voto fechado) que o manteve no cargo (Agência Câmara Notícias).

Esse novo julgamento teve por objeto a Rep. 22/2013, apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e que apontou dois motivos para a quebra do decoro (art. 55, II, da CF/1988 – portanto, outro fundamento): a) ter o deputado votado no processo de perda do seu próprio mandato, violando o regimento interno (art. 180, § 6º, da CF/1988); b) ter saído, nas dependências externas da Câmara, "algemado e transportado de camburão do

---

[52] Registraram-se 233 votos pela cassação, 131 pela manutenção e 41 abstenções, faltando, assim, 24 votos para a perda do mandato. Curiosamente, apesar de registrada a presença de quase 460 deputados, apenas 405 votaram, muitos se retirando do plenário de votação. Conforme decidiu o Presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Alves, "tendo em vista a rejeição do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que opinava pela procedência da Representação, esta Presidência dará consequência à decisão do Plenário. Todavia, uma vez que, em razão do cumprimento da pena em regime fechado, o Deputado Natan Donadon encontra-se impossibilitado de desempenhar suas funções, considero-o afastado do exercício do mandato e determino a convocação do suplente imediato, em caráter de substituição, pelo tempo que durar o impedimento do titular. Acrescente-se que a representação da Câmara dos Deputados não pode permanecer desfalcada indefinidamente, assim como a sociedade e o Estado de Rondônia não podem ficar privados de um de seus representantes".

serviço penitenciário para o Presídio da Papuda, em Brasília", o que afetaria a imagem da Casa.

MS 32.326 e APs 694 e 863 – proposta de exceção objetiva à regra geral – j. 2013, 2017 e 2017

Conforme se observou, a regra geral é a contida no art. 55, VI e § 2º, da CF/1988, que estabelece a necessidade de decisão da Casa Legislativa, por voto aberto, para deliberação sobre a perda do mandato em razão de condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Estabelecida a regra, vamos imaginar uma situação específica para, então, enunciar a exceção objetiva, constitucionalmente descrita: suponha que a condenação criminal tenha fixado pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, por período de tempo que seja superior ao restante do mandato, ou que, por estar encarcerado, o parlamentar deixe de comparecer, por impossibilidade física já que está preso., à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, ou, ainda, por essas razões, que o seu afastamento ultrapasse 120 dias o período da sessão legislativa.

Nesses casos, parece ter razão a proposta sugerida pelo Min. Barroso em decisão monocrática proferida no MS 32.326 (j. 2013), que serviu de paradigma para novos pronunciamentos da 1ª Turma do STF no julgamento da AP 694 (Rel. Min. Rosa Weber, j. 2017) e da AP 863 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 2017), que estabeleceu a perda automática do mandato como resultado direto e inexorável da condenação.

Apesar de se tratar de decisão monocrática, seguida de decisão de uma das Turmas do STF e não do Plenário, sem dúvida, estamos diante de exceção objetiva bastante convincente.

Conforme estabeleceu o Min. Barroso, "a Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e física de seu exercício. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória" (MS 32.326, decisão monocrática proferida em 2013).

E, ainda, "de acordo com a legislação em vigor e a interpretação judicial que lhe tem sido dada, o preso em regime aberto e semiaberto pode ser autorizado à prestação de trabalho externo, independentemente do cumprimento mínimo de 1/196 da pena. Este tem sido o entendimento pacífico do STJ, podendo-se citar, exemplificativamente, os acórdãos proferidos no HC 251.107 e no HC 255.781 [...]. Por outro lado, no tocante ao preso em

regime fechado, a Lei de Execuções Penais (art. 36 e art. 37, da LEP) não apenas restringe o trabalho externo como exige o cumprimento mínimo de 1/196 da pena. Reiterando: o preso em regime fechado tem restrições severas ao trabalho externo, além de não poder prestá-lo antes do cumprimento do sexto inicial da pena. Disso resulta que o condenado em regime inicial fechado, cujo período remanescente de mandato seja inferior a 1/196 (um sexto) da pena a que foi condenado – isto é, ao tempo mínimo que terá de permanecer necessariamente na penitenciária (art. 87, da LEP) –, não pode conservar o mandato. É que, nessa situação, verifica-se uma impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato. Jurídica, porque uma das condições mínimas exigidas pela Constituição para o exercício do mandato é o comparecimento às sessões da Casa (art. 55, III, e art. 56, II, da CF/1988). E física, porque ele simplesmente não tem como estar presente ao local onde se realizam os trabalhos e, sobretudo, as sessões deliberativas da Casa Legislativa".

Essa orientação, conforme já mencionamos, foi adotada em momento seguinte pela 1ª Turma do STF, que reconheceu hipóteses de afastamento por mais de 120 dias da sessão legislativa. Vejamos os julgados:

• AP 694: "desmembramento da operação Sanguessuga, da Polícia Federal, na qual foi revelado um esquema criminoso, atuando em diversos estados, para o desvio de recursos públicos por meio da aquisição superfaturada, por prefeituras, de veículos – especialmente ambulâncias – e equipamentos médicos, com licitações direcionadas para favorecer" determinado o grupo. "Segundo a acusação, caberia ao deputado federal apresentar emendas ao orçamento geral da União, destinadas a municípios das regiões norte e nordeste do Estado do Rio de Janeiro, para beneficiar as empresas do grupo." Referido deputado foi condenado a 12 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 374 dias-multa pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (Notícias STF de 2017).

• AP 863: de acordo com a denúncia do Ministério Público Federal, o deputado federal Paulo Maluf "atuou na lavagem de dinheiro desviado de obras públicas e fez remessas ilegais ao exterior, por meio de doleiros. O deputado, conforme a acusação, participou de esquema de cobrança de propinas na Prefeitura de São Paulo, em 1997 e 1998, que continuou a contar com seu envolvimento direto nos anos seguintes". A 1ª Turma do STF condenou o deputado, pelo crime de lavagem de dinheiro, a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 248 dias-multa (Notícias STF de 2017).

Em ambos os casos, a Corte entendeu a aplicação do art. 55, § 3º, da CF/1988. Assim, a perda do mandato deverá ser declarada pela Mesa da Casa e não decidida pelo plenário. Trata-se de provimento meramente declaratório sem a possibilidade de contestação da decisão judicial.

Apesar da autonomia do Parlamento para levar a questão à Mesa, em razão do seu próprio direito de agenda e da separação de poderes, sustentamos que, em caso de demora

desarrazoada, o STF poderá fixar prazo para a implementação da decisão judicial com as consequências de seu eventual e criticável descumprimento.

Por todo o exposto, podemos esquematizar as seguintes situações nas quais a condenação criminal, como exceção à regra geral, ensejará a perda automática do mandato, havendo a necessidade de mera declaração da Mesa para a concretização da medida:

• sentença penal condenatória transitada em julgado impondo o cumprimento da pena em regime inicial fechado por prazo superior ao período remanescente do mandato (considerando, inclusive, a eventual possibilidade de progressão de regime depois de cumprido 1/196 da pena). Nesta hipótese, estaremos diante de impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato;

• todos os casos de prisão em regime fechado que leve o parlamentar a deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer (art. 55, III, da CF/1988);

• todas as situações em que a condenação criminal impuser ao parlamentar o afastamento por prazo superior a 120 dias (art. 56, II, da CF/1988).

De fato e conforme já alertado, estamos diante de tema ainda não apreciado pelo pleno do STF, mas que, sem dúvida, pela razoabilidade da proposta, tende a ser admitido como verdadeira exceção objetiva à regra geral já estudada. Vamos acompanhar (pendente).

9.11.5 É possível a renúncia do cargo por parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato?

Sim, é possível a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato. Todavia, nessa hipótese, a ECR nº 6/1994, constitucionalizando o previsto no art. 1º e seu parágrafo único do DL nº 16/1994 (art. 55, § 4º, da CF/1988), veio disciplinar que a aludida renúncia terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais descritas no art. 55, § 2º e § 3º, da CF/1988. Assim, nos termos do decreto, a renúncia "... fica sujeita à condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato". No caso de ter sido a decisão final pela perda do mandato, o parágrafo único do aludido Decreto Legislativo dispõe que a declaração de renúncia será arquivada, não produzindo efeitos no sentido de que já terá sido declarada a perda do mandato.

9.11.6 Perda do mandato nas hipóteses de infidelidade partidária

O art. 22-A, da Lei nº 9.096/1995, introduzido pela Lei nº 13.165/2015 (minirreforma eleitoral), na linha da jurisprudência tanto do TSE como do STF, consagrou a regra da

"fidelidade partidária" ao estabelecer que perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Conforme aprofundamos no item 18.5 (e remetemos o nosso querido leitor para esse capítulo), mudar de partido (sem justa causa) caracteriza desvio ético-político e gera desequilíbrio no Parlamento. É fraude contra a vontade do povo e, assim, desde que não se consiga demonstrar a justa causa, ensejará a perda do mandato.

Devemos alertar, segundo o entendimento firmado, que essa hipótese vale apenas para o sistema proporcional (eleição de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores), não se aplicando aos que foram eleitos pelo sistema majoritário (Chefes de Executivo e Senadores), entendimento esse, inclusive, consagrado na S. 67/TSE, de 2016.

A regra da perda do mandato nas hipóteses de infidelidade partidária apresenta exceções previstas tanto na EC nº 91/2016, que estabeleceu inegável "janela partidária constitucional", na EC nº 97/2017, que, ao introduzir o art. 17, § 5º da CF/1988, facultou ao eleito, em caso de o partido não preencher os requisitos previstos no art. 17, § 3º, da CF/1988, a possibilidade de filiação, sem perda do mandato, como na Lei nº 9.096/1995, e que são estudadas no item 18.5.

9.11.7 Suspensão do exercício do mandato de parlamentar eleito (AC 4.070)

Em 2016, o pleno do STF, por unanimidade, referendou decisão do Min. Teori Zavascki que determinou a suspensão do então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

Trata-se de situação extraordinária e sem previsão expressa na Constituição, que prevê, apenas, a perda do mandato nas hipóteses já estudadas do art. 55, da CF/1988.

Estamos diante de provimento cautelar, diverso da prisão, determinando a suspensão do exercício do mandato, com o objetivo de garantir a aplicação, da Lei penal, a investigação ou a instrução criminal e evitar a prática de infrações penais (art. 282, c/c o art. 319, VI, do CPP).

Em momento seguinte, o STF estabeleceu, por 6 x 5, que, na hipótese de imposição de medida cautelar diversa da prisão (art. 319, do CPP), a Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da CF/1988, deverá deliberar, por voto aberto e por maioria absoluta, sobre referida decisão judicial, sempre que a sua execução impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar (ADI 5.526, Plenário, STF, j. 2017, aguardando o julgamento dos embargos de declaração – pendente – cf. item 9.9.2.2.3).

Conforme se observa, não se trata de hipótese de vacância do cargo na Mesa Diretora, e, por isso, a função de Presidente da Câmara dos Deputados passou a ser exercida, nos termos regimentais, pelo Primeiro Vice-Presidente, o Deputado Federal Waldir Maranhão, que, em 2016, protagonizou medida extremamente criticada de, por ato próprio e unilateral, anular a sessão plenária realizada nos dias 15, 16 e 17 de abril de 2016 da Câmara, que autorizou a instauração do processo de impeachment contra a ex-Presidente Dilma Rousseff, solicitando a devolução dos autos do processo, que já se encontravam no Senado Federal.

A medida se mostrou tão teratológica que o deputado, no mesmo dia, voltou atrás e revogou a própria decisão, que, como se disse, contrariou a maioria dos 367 votos a favor (contra 137) que já haviam se manifestado no procedimento de impedimento.

Entendemos que, estando o Presidente da Câmara suspenso de suas funções por decisão do STF, em caso de necessidade de substituição na forma do art. 80, da CF/1988, não poderia o Primeiro Vice-Presidente da Câmara (o então Dep. Waldir Maranhão) em exercício assumir, mas, sim, sucessivamente, o Presidente do Senado Federal e o do STF, como manda a Constituição.

Diante dessa situação, em 2016, o então Presidente da Câmara, que estava afastado de suas funções em razão da decisão do STF, renunciou à função de Presidente da Casa (não ao cargo de deputado federal), e, por isso, em 2016 veio a ser eleito, em segundo turno, o novo Presidente, Deputado Rodrigo Maia, com 285 votos a seu favor, contra 170 do segundo colocado, para terminar o mandato do referido primeiro biênio (mandato tampão – art. 57, § 4º, da CF/1988).

Como é do conhecimento público, a Câmara dos Deputados, nos termos da Res. nº 18/2016 (a partir da Representação nº 1/2015), declarou a perda do mandato do então Deputado Federal Eduardo Cunha por conduta incompatível com o decoro parlamentar, com fundamento no art. 55, II, da CF/1988, c/c o art. 240 do RICD, aprovado pela Res. nº 17/1989, e o art. 4º, V do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Nesse sentido, em razão de não mais ostentar a condição de parlamentar federal, o STF deixou de ter competência para apreciar as ações que envolviam o ex-Deputado Eduardo Cunha.

9.12 Hipóteses em que não haverá a perda do mandato do deputado ou senador e outras regras

O art. 56, da CF/1988 enumera as hipóteses em que o Deputado ou Senador não perderá o mandato, quais sejam:

• quando investido nos cargos de: Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I, da CF/1988);

• quando licenciado pela respectiva casa por: motivo de doença (art. 56, II, 1ª parte, da CF/1988);

• quando licenciado pela respectiva casa para: tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse 120 dias por sessão legislativa (art. 56, II, 2ª parte, da CF/1988).

Algumas outras regras também foram estabelecidas, concernentes a temas correlatos às regras acima expostas.

Vejamo-las:

• nos casos de vaga, investidura em funções previstas no art. 56, I, da CF/1988, ou licença superior a 120 dias: haverá convocação do suplente para assumir o mandato (art. 56, § 1º, da CF/1988);

• ocorrendo vaga, não havendo suplente e faltando mais de 15 meses para o término do mandato: será feita nova eleição para preencher a vaga (art. 56, § 2º, da CF/1988);

• nas hipóteses de investidura nos cargos de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I, da CF/1988): o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato;

• haverá perda das imunidades parlamentares no caso de investidura nos cargos acima apontados? Sabemos que, por força do art. 56, I, da CF/1988, o parlamentar federal não perderá o mandato. No entanto, perderá (ou melhor, ficarão suspensas) as imunidades parlamentares, de acordo, inclusive, com o art. 102, § 1º, do RISTF, que cancelou a Súmula 4, a qual dizia o contrário. Assim, apesar de não perder o mandato, as imunidades parlamentares ficarão suspensas;[53]

• e a prerrogativa de foro em matéria penal subsiste se o parlamentar estiver afastado nas hipóteses do art. 56, da CF/1988, por exemplo, no caso de estar investido no cargo de Ministro de Estado? Conforme visto, os parlamentares não perdem o mandato (art. 56, I, da CF/1988), mas ficam com as imunidades suspensas.

Devermos alertar que, em 2005, o pleno do STF adotou o entendimento de que, nessa última hipótese, estaria preservada a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal (MS 25.579-MC).

---

[53] "O deputado afastado de suas funções para exercer cargo no Poder Executivo não tem imunidade parlamentar. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o trancamento da ação penal instaurada contra deputado estadual que, à época dos fatos narrados na denúncia, encontrava-se investido no cargo de secretário de estado. Precedente citado: Inquérito 104-RS (RTJ 99/477). HC 78.093-AM, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1998" (Inf. 135/STF)

Contudo, esse entendimento deve se adequar ao estabelecido na AP 937 QO (j. 2018): a) o STF só será competente para julgar a ação penal se se demonstrar que se trata de crime cometido durante o exercício do cargo parlamentar e relacionado às funções desempenhadas; b) "após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

9.13 Processo Legislativo

9.13.1 Considerações introdutórias

O processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos "atores" envolvidos no processo.[54]

Nesse sentido é que o art. 59, da CF/1988 estabelece que o processo legislativo envolverá a elaboração das seguintes espécies normativas:

- emendas à Constituição;
- leis complementares;
- leis ordinárias;
- leis delegadas;
- medidas provisórias;
- decretos legislativos;
- resoluções.

Regulamentando o parágrafo único do art. 59, da CF/1988, a LC nº 95/1998, alterada pela LC nº 107/2001, dispôs sobre as técnicas de elaboração, redação, alteração das leis, bem como sua consolidação, e de outros atos normativos.

A importância fundamental de estudarmos o processo legislativo de formação das espécies normativas é sabermos o correto trâmite a ser observado, sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa.

Quando estudamos as regras sobre controle de constitucionalidade, apontamos que as espécies normativas podem apresentar tanto vício formal (subjetivo ou objetivo) como vício material a ensejar a inconstitucionalidade. O vício formal, como apontado, diz respeito ao processo de formação, da Lei (processo legislativo), cuja mácula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases do processo de formação, da Lei

[54] José Afonso da Silva define o processo legislativo como "um conjunto de atos preordenados visando à criação de normas de direito. Esses atos são: a) iniciativa legislativa; b) emendas; c) votação; d) sanção e veto; e) promulgação e publicação" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

(vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao *quorum* de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, à matéria por ela tratada.

Em decorrência de todos esses detalhes é que se estabelece um controle prévio ou preventivo, realizado não só pelo Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça) como, também, pelo Executivo (por meio do veto), sem falar, é claro, do controle repressivo, ou posterior, cujo objeto é a Lei ou ato normativo (já constituídos), sendo realizado pelo sistema difuso ou concentrado (lembrar que o controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto).

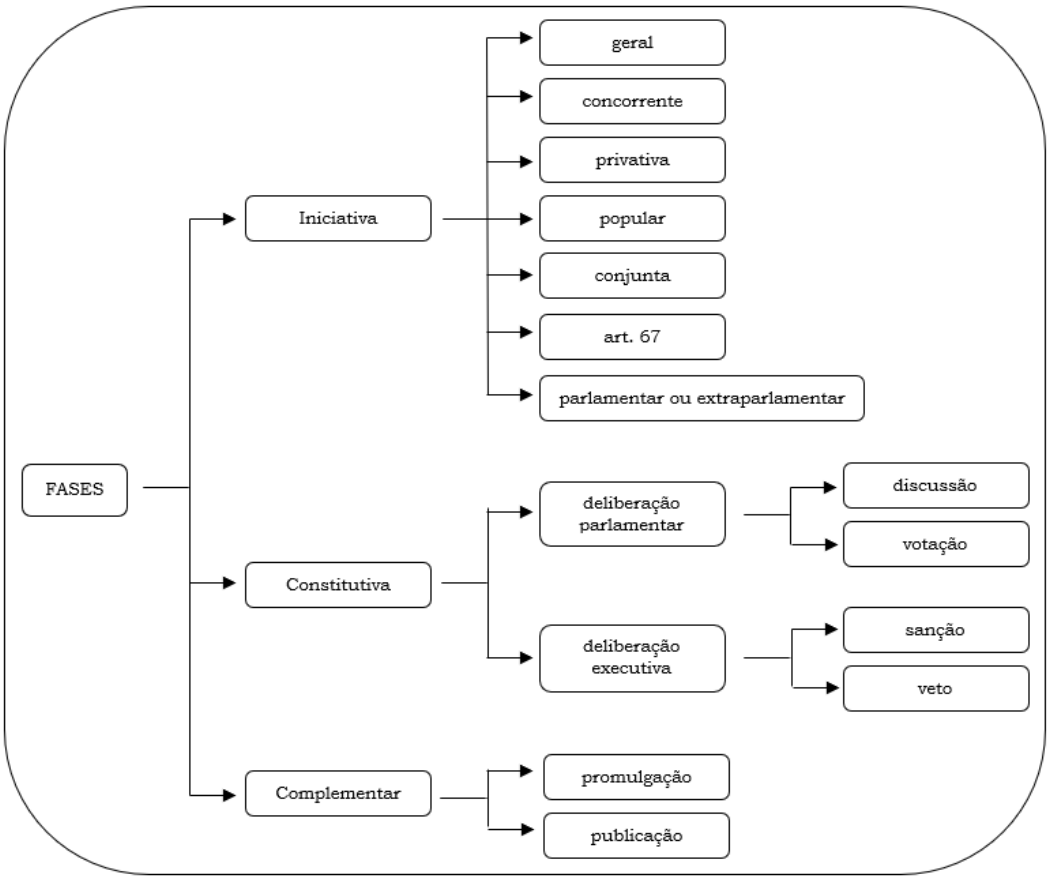
Outro ponto importante relacionado ao processo legislativo das espécies elencadas no art. 59, da CF/1988, com exceção das medidas provisórias (art. 59, V, da CF/1988), foi introduzido pela EC nº 95/2016, que instituiu o "Novo Regime Fiscal" no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e que vigorará por 20 exercícios financeiros, nos termos dos art. 107 ao art. 114, do ADCT.

Segundo a mensagem do Executivo, o objetivo primordial da reforma foi "reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal" (EMI nº 83/2016 MF MPDG). Assim, para cada exercício, foram estabelecidos limites individualizados para as despesas primárias dos Poderes, MPU, CNMP e DPU (como se disse, no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e não dos outros entre federativos).

Nesse sentido, o art. 114, do ADCT, introduzido, estabelece que a tramitação de proposição elencada no caput do art. 59, da CF/1988, ressalvada a referida no seu inciso V, quando acarretar aumento de despesa ou renúncia de receita, será suspensa por até 20 dias, a requerimento de 1/5 dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal.

Finalmente, para descrever o processo legislativo e suas diversas etapas, didaticamente, começaremos pelo processo de elaboração das leis ordinárias, por ser o mais complexo de todos, juntamente com o processo de elaboração das leis complementares, cujas diferenças, como veremos, são poucas. Posteriormente, quando estivermos tratando das demais espécies normativas, apontaremos as peculiaridades que as individualizam.

9.13.2 Esquema do processo legislativo das leis ordinárias e complementares



9.13.3 Fase de iniciativa

A primeira fase do processo legislativo é a fase de iniciativa, deflagradora, iniciadora, instauradora de um procedimento que deverá culminar, desde que preenchidos todos os requisitos e seguidos todos os trâmites, com a formação da espécie normativa.

Buscando critérios classificatórios, dividimos as hipóteses de iniciativa em: geral, concorrente, privativa, popular, conjunta, do art. 67, da CF/1988, e a parlamentar ou extraparlamentar.

9.13.3.1 Regra geral para a iniciativa

De maneira ampla, a CF/1988 atribui competência às seguintes pessoas e aos órgãos, conforme prevê o art. 61, caput, da CF/1988, (iniciativa geral):

- qualquer Deputado Federal ou Senador da República;
- Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso nacional;
- Presidente da República;
- Supremo Tribunal Federal;
- Tribunais Superiores;
- Procurador-Geral da República;
- cidadãos.

9.13.3.2 Iniciativa concorrente

A iniciativa concorrente refere-se à competência atribuída pela Constituição a mais de uma pessoa ou órgão para deflagrar o processo legislativo. Como exemplo podemos lembrar a iniciativa para elaborar leis complementares e ordinárias, concedida a qualquer membro ou Comissão da Câmara, Senado ou Congresso, ao Presidente da República e aos cidadãos.

Outro exemplo de iniciativa concorrente a ser lembrado, e que será estudado oportunamente, diz respeito à alteração da Constituição por meio de emendas constitucionais (cf. art. 60, I, II e III, da CF/1988).

9.13.3.3 Iniciativa "privativa" (reservada ou exclusiva)

Algumas leis são de iniciativa privativa de determinadas pessoas ou órgãos, só podendo o processo legislativo ser deflagrado por eles, sob pena de se configurar vício formal de iniciativa, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo.

Muito embora a Constituição fale em competência privativa, melhor seria dizer, em muitas das hipóteses, competência exclusiva (ou reservada), em razão da marca de sua indelegabilidade, como se percebe a seguir.

9.13.3.3.1 Iniciativa reservada ao Presidente da República

Como exemplo, temos o art. 61, § 1º, da CF/1988, que estabelece como leis de iniciativa privativa do Presidente da República as que:

• fixem ou modifiquem: os efetivos das Forças Armadas;[55]

• disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;[56] d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;[57] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública,

[55] Como exemplo, destacamos a Lei nº 12.918/2013, de iniciativa da ex-Presidente Dilma Rousseff, que modificou os efetivos do Exército (art. 142, da CF/1988), em tempo de paz.

[56] Alínea "c" com redação determinada pela EC nº 18/1998.

[57] Apesar de essa matéria (art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988) ter sido definida como hipótese de competência privativa do Presidente da República, o constituinte originário de 1988 estabeleceu exceção a essa regra, no art. 128, § 5º, da CF/1988, em que atribuiu competência concorrente também ao Procurador-Geral da República para dispor sobre a organização do Ministério Público da União, como apontaremos adiante no item 9.13.3.7.1.

observado o disposto no art. 84, VI, da CF/1988, (nova redação determinada pela EC nº 32/2001); f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.[58]

Outro exemplo interessante de iniciativa reservada ao Presidente da República está previsto na EC nº 95/2016, que instituiu o "Novo Regime Fiscal" no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e que vigorará por 20 exercícios financeiros, nos termos dos art. 107 ao art. 114, do ADCT.

A forma de correção do limite de gastos está descrita no art. 107, § 1º, I e II, do ADCT. O art. 108, do ADCT, contudo, autoriza a alteração do método de correção dos limites a partir do 10º exercício da vigência do regime fiscal, mediante Lei Complementar de iniciativa reservada ao Presidente da República, lembrando estar admitida apenas uma alteração por mandato presidencial.

9.13.3.3.2 Iniciativa reservada aos Governadores dos Estados e do DF e aos Prefeitos – Simetria com o modelo federal

As hipóteses previstas na Constituição Federal de iniciativa reservada do Presidente da República, pelos princípios da simetria e da separação de Poderes, devem ser observadas em âmbito estadual, distrital e municipal, ou seja, referidas matérias terão de ser iniciadas pelos Chefes do Executivo (Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos), sob pena de se configurar inconstitucionalidade formal subjetiva.

Assim, está errado dizer que o Presidente da República terá iniciativa privativa (mais tecnicamente reservada) para dispor sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou o aumento de sua remuneração, em todas as unidades da Federação. A sua atribuição, conforme visto, restringe-se ao âmbito federal (art. 61, § 1º, II, "a", da CF/1988), sendo, em cada unidade federativa, a iniciativa do respectivo Chefe do Poder Executivo.

Essa dúvida deixa de existir em relação às outras hipóteses do art. 61, § 1º, II, da CF/1988, na medida em que nas alíneas "b" e "c" já há indicação expressa da União e dos Territórios (que, aliás, são uma extensão da União, não podendo ser definidos como unidade federativa).

Naturalmente, a regra da simetria não incidirá em situações que foram estabelecidas apenas para a União Federal, como é o exemplo acima citado do Novo Regime Fiscal introduzido pela EC nº 95/2016 e que foi instituído apenas no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

---

[58] Alínea "f" acrescentada pela EC nº 18/1998.

9.13.3.3.3 Iniciativa reservada do Judiciário

O art. 96, II, da CF/1988 dispõe serem de iniciativa privativa (reservada ou exclusiva) do STF, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça as matérias de seu interesse exclusivo.

Além disso, há previsão no art. 93, da CF/1988, para a elaboração de Lei Complementar, de iniciativa do STF, que disporá sobre o Estatuto da Magistratura.

Em relação ao tema, destacamos a EC nº 73/2013, que criou os Tribunais Regionais Federais das 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, introduzindo o art. 27, § 11, do ADCT.

A necessidade de se aumentar por emenda decorre da regra contida no art. 27, § 6º, do ADCT, que criou, em 1988, os atuais 5 TRFs.

Contra referida emenda, foi ajuizada a ADI 5.017 pela Associação Nacional dos Procuradores Federais (ANPAF) e, em 2013, o Min. Joaquim Barbosa concedeu liminar, suspendendo os seus efeitos (pendente de apreciação pelo Plenário).

Dentre os argumentos expostos, está o suposto vício formal por violação ao art. 96, II, "c" e "d", da CF/1988, reconhecido em sede de liminar e com fundamento em alguns precedentes, como ADI 3.930, ADI 2.966 etc. (esses precedentes tratam de matérias de iniciativa de Lei reservada ao Governador do Estado e que foram objeto de PEC estadual).

Contudo, com o máximo respeito, não nos parece haver relação entre a jurisprudência pacífica do STF em aplicar a simetria aos projetos de Lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º e § 2º, da CF/1988), com o tema objeto da ADI 5.017, qual seja, a alteração da Constituição por emenda para criação de tribunais inferiores.

Nesse sentido, destacamos a EC nº 45/2004, que criou o CNJ (apesar de não ser tribunal inferior é órgão do Poder Judiciário – art. 92, I-A, da CF/1988), bem como extinguiu os tribunais de alçada. Ainda, a EC nº 24/1999 pôs fim aos juízes classistas. Todas, nesses pontos, foram declaradas constitucionais pelo STF.

O constituinte originário fixou os legitimados para reforma da Constituição, indicados no art. 60, I, II e III, da CF/1988, e os limites materiais nas cláusulas pétreas, não se podendo criar mais um limite a partir do art. 96, II, da CF/1988. Resta aguardar a decisão da Corte, lembrando a importância da criação desses novos TRFs para eficiência da Justiça Federal no Brasil.

9.13.3.3.4 Iniciativa reservada aos Tribunais de Contas

O art. 73, da CF/1988 estabelece que o TCU exerce, no que couber, as atribuições previstas no art. 96, da CF/1988.

Nos termos do art. 96, da CF/1988, portanto, compete ao TCU propor ao Poder Legislativo (iniciativa reservada) projetos de Lei referentes às matérias ali indicadas, por

exemplo, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

Esse entendimento deve ser estendido, também, às demais Cortes de Contas, e, nesse caso, o projeto de Lei tem de ser encaminhado pelo respectivo Tribunal, sob pena de vício formal (art. 75, caput, da CF/1988).

9.13.3.3.5 Assuntos exclusivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

O art. 51, IV, da CF/1988, estatui ser competência privativa (exclusiva) da Câmara dos Deputados dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de Lei para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros previstos na Lei de diretrizes orçamentárias.

Idêntica é a previsão constante do art. 52, XIII, da CF/1988, em relação ao Senado Federal.

9.13.3.3.6 Podemos falar em iniciativa reservada de matéria tributária?

Não.

O art. 61, § 1º, II, "b", da CF/1988 determina serem de iniciativa reservada do Presidente da República as leis que disponham sobre "organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios".

Assim, o STF entende que a exclusividade para iniciar o processo legislativo sobre matéria tributária refere-se às leis dos Territórios Federais e não às dos demais entes federativos. Sustentamos, inclusive, que seria possível iniciativa popular sobre matéria tributária, desde que observadas as formalidades do art. 61, § 2º, da CF/1988.

Nessa linha, o *leading case*: "a Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara, especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo, ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado" (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1992, DJ de 2001).

Esse entendimento tem sido reafirmado pela Corte Suprema: “as leis em matéria tributária enquadram-se na regra de iniciativa geral, que autoriza a qualquer parlamentar – deputado federal ou senador – apresentar projeto de Lei cujo conteúdo consista em instituir, modificar ou revogar tributo. [...] Não há, no texto constitucional em vigor, qualquer mandamento que determine a iniciativa exclusiva do chefe do Executivo quanto aos tributos. Não se aplica à matéria nenhuma das alíneas do art. 61, § 1º, II, da CF/1988, tampouco a previsão do art. 165, da CF/1988. Como já decidiu diversas vezes este Tribunal, a regra do art. 61, § 1º, II, “b”, da CF/1988, concerne tão somente aos Territórios. A norma não reserva à iniciativa privativa do presidente da República toda e qualquer Lei que cuide de tributos, senão apenas a matéria tributária dos Territórios. Também não incide, na espécie, o art. 165, da CF/1988, uma vez que a restrição nele prevista limita-se às leis orçamentárias plano plurianual, Lei de diretrizes orçamentárias e Lei orçamentária anual e não alcança os diplomas que aumentem ou reduzam exações fiscais. Ainda que acarretem diminuição das receitas arrecadadas, as leis que concedem benefícios fiscais tais como isenções, remissões, redução de base de cálculo ou alíquota não podem ser enquadradas entre as leis orçamentárias a que se referem o art. 165, da CF/1988” (ARE 743.480-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2013, Plenário, DJE de 2013, Tema 682. Cf., também, ADI 3.796, j. 2017).

9.13.3.3.7 Iniciativa do processo legislativo de matérias pertinentes ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e aos orçamentos anuais

Nos termos do art. 165, I, II e III, da CF/1988, leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Decidiu o STF: “competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: ADI nº 103 e ADI nº 550” (ADI 1.759-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 1998, DJ de 2001).

9.13.3.3.8 Pode o legitimado exclusivo ser compelido a deflagrar processo legislativo?

De modo geral, o STF entendeu que não poderá o legitimado exclusivo ser “forçado” a deflagrar o processo legislativo, já que a fixação da competência reservada traz,

implicitamente, a discricionariedade para decidir o momento adequado de encaminhamento do projeto de lei.[59]

Havendo prazo fixado na Constituição (ex.: art. 35, § 2º, do ADCT), ou em emenda (ex.: art. 5º, da EC nº 42/2003), naturalmente o legitimado exclusivo poderá ser compelido a encaminhar o projeto de lei.

Por certo, poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade por omissão na hipótese de não regulamentação de artigos da Constituição de eficácia limitada e desde que observado o critério da razoabilidade.

9.13.3.3.9 Cabe emenda parlamentar em projetos de iniciativa reservada?

O texto de 1988 restituiu aos parlamentares boa parte do poder de emenda que lhes havia sido retirado pelo regime (ditatorial) anterior.

Nos termos do art. 63, I e II, da CF/1988, não será admitido aumento da despesa prevista a) nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º, da CF/1988; b) nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público. A *contrario sensu*, então, será admitido o poder de emenda parlamentar.

Dessa forma, de modo geral, entende o STF que cabe emenda parlamentar desde que respeitados os seguintes requisitos:

• os dispositivos introduzidos por emenda parlamentar não podem estar destituídos de pertinência temática com o projeto original;

• os dispositivos introduzidos por emenda parlamentar não podem acarretar aumento de despesa ao projeto original.

Assim, cabe emenda parlamentar nas hipóteses de Lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República, desde que haja pertinência temática e, por regra, não acarrete aumento de despesas.

Excepcionalmente, contudo, nos projetos orçamentários de iniciativa exclusiva do Presidente da República, admitem-se emendas parlamentares mesmo que impliquem aumento de despesas (art. 63, I, c/c o art. 166, § 3º e § 4º, da CF/1988):

• ao projeto de Lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem e desde que: a) sejam compatíveis com o plano plurianual e com a Lei de diretrizes orçamentárias; b) indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de

[59] Nesse sentido, "... tratando-se de projeto de Lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua..." (ADI 546, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1999, DJ de 2000). Cf., também, ADI 2.734-MC/ES, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2003, e ADI 106-RO, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 2002 (Inf. 285/STF).

despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos; serviço da dívida; transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; c) sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei;

• ao projeto de Lei de diretrizes orçamentárias, desde que as emendas parlamentares que acarretem aumento sejam compatíveis com o plano plurianual.

Avançando, nos termos do art. 63, II, da CF/1988, também cabem emendas parlamentares, desde que haja pertinência temática e não acarretem aumento de despesas, aos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados (art. 51, IV, da CF/1988 – Resolução), do Senado Federal (art. 52, XIII, da CF/1988 – Resolução), dos Tribunais Federais (art. 61, caput, e art. 96, II, da CF/1988) e do Ministério Público (art. 61, caput, art. 127, § 2º e art. 128, § 5º, da CF/1988).

Nesse sentido, "art. 34, § 1º, da Lei nº 12.398/1998-PR, com redação dada pela Lei nº 12.607/1999-PR. [...] Inconstitucionalidade formal caracterizada. Emenda parlamentar a projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo que resulta em aumento de despesa afronta os art. 63, I, c/c art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988" (ADI 2.791, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2006, DJ de 2006).[60]

Finalmente, cabe alertar que, se for apresentada emenda a projeto de iniciativa reservada que não tenha observado o requisito da pertinência temática com o projeto original e/ou que acarrete aumento de despesa, eventual sanção presidencial não convalidará o vício formal caracterizador da inconstitucionalidade, da Lei.[61]

9.13.3.3.10 As regras de iniciativa reservada previstas na CF/1988 devem ser observadas em relação às normas fruto da manifestação do poder constituinte derivado decorrente?

O STF tem entendido que as normas originárias das Constituições dos Estados ou, da Lei Orgânica do Distrito Federal, mas desde que pela primeira vez, podem tratar de normas que são de iniciativa reservada, como, para se ter um exemplo, normas que seriam de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo simétricas àquelas elencadas no art. 61, § 1º, I e II, da CF/1988.

Dessa forma, superando a sua jurisprudência, o STF pacificou que "as regras de iniciativa reservada previstas na Carta da República não se aplicam às normas originárias

---

[60] Cf. os seguintes precedentes: ADI 766-MC/RS (DJU de 1994); ADI 822/RS (DJU de 1997); ADI 805/RS (DJU de 1999); ADI 2.322-MC/AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2001; ADI 1.954/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2004; ADI 2.079, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2004, DJ de 2004.

[61] Cf. ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1995; e ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2001, DJ de 2001.

das Constituições Estaduais ou, da Lei Orgânica do Distrito Federal" (ADI 1.167, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

Conforme estudamos no item 4.5.3, o poder constituinte derivado decorrente dos Estados e do DF manifesta-se tanto de modo inicial, elaborando, pela primeira vez, a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal – e por isso também denominado "instituidor" ou "institucionalizador" –, como de modo revisional, modificando o texto da Constituição Estadual ou, da Lei Orgânica do Distrito Federal – e, por isso, chamado de segundo grau.

O entendimento da Corte no sentido de não haver a exigência de se observar a regra da iniciativa reservada refere-se ao poder constituinte derivado decorrente inicial, ou seja, aquele que elabora a Constituição do Estado ou a Lei Orgânica do DF pela primeira vez (cf. ADI 2.581, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. 2007, Plenário, DJE de 2008). Nesse caso, enfatizamos, não estará caracterizada qualquer violação à regra da iniciativa reservada.

9.13.3.3.11 As regras de iniciativa reservada previstas na CF/1988 devem ser observadas, enquanto limites, pelo poder constituinte derivado reformador (PEC)?

Não.

Entendemos que as únicas limitações que devem ser observadas em relação às emendas constitucionais são os já estudados limites ao poder de reforma.

Assim, as matérias de iniciativa reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1º, II, da CF/1988) podem ser tratadas por emendas constitucionais. Foi o que se verificou com a EC nº 73/2013 (cf. item 9.13.3.3.3) ou, para se ter um outro importante exemplo, a EC nº 74/2013, que estabeleceu a autonomia da Defensoria Pública da União (cf. aprofundamento no item 12.5.5).

No caso específico das PECs, o constituinte permitiu a reforma da Constituição não apenas em razão de proposta encaminhada pelo Presidente da República, mas, indistintamente e de modo concorrente, por todos os indicados no art. 60, I, II e III, da CF/1988. Assim, não encontramos fundamento na Constituição para se sustentar, em relação a determinadas matérias, a competência exclusiva do Presidente da República.

9.13.3.3.12 Sanção presidencial convalida vício de iniciativa?

Não.

Muito embora a regra contida na S. 5/STF, de 1963 ("a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo"), pode-se dizer que o seu conteúdo está superado desde o

advento, da EC nº 1/1969 (art. 57, parágrafo único, da EC nº 1/1969 – cf. Rp 890, RTJ 69/19625), bem como insubsistente em razão, da CF/1988 (ADI 1.381-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1995, Plenário, DJ de 2003.

Portanto, sanção presidencial não convalida vício de iniciativa. Trata-se de vício formal insanável, incurável.[62]

9.13.3.4 Iniciativa popular

9.13.3.4.1 Aspectos gerais

O art. 14, caput, da CF/1988 prevê que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos, da Lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Trata-se de novidade introduzida pela CF/1988, a exemplo do art. 71 da Carta italiana de 1948, estabelecendo a possibilidade de o eleitorado nacional deflagrar processo legislativo de Lei Complementar ou ordinária, mediante proposta de, no mínimo, 1% de todo o eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados e, em cada um deles com não menos do que 0,3% dos seus eleitores (art. 61, § 2º, c/c o art. 14, III, da CF/1988 e Lei nº 9.709/1998).

Portanto, a iniciativa popular caracteriza-se como uma forma direta de exercício do poder (que emana do povo – art. 1º, parágrafo único, da CF/1988), sem o intermédio de representantes, através de apresentação de projeto de lei, dando-se início ao processo legislativo de formação, da Lei.[63]

O que deve ficar claro é que o aludido instituto serve apenas para dar o "start", ou seja, tão só para deflagrar o processo legislativo, sendo que o Parlamento poderá rejeitar o projeto de Lei ou, ainda, o que é pior, emendá-lo, desnaturando a essência do instituto. No mesmo sentido e pela mesma lógica, aprovado pelo parlamento o projeto de iniciativa popular, o Presidente da República poderá vetá-lo.

---

[62] Regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal. Vício que persiste, não obstante a sanção do respectivo projeto de lei. Precedentes. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal em face do disposto no art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de Lei não convalida o defeito de iniciativa (ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2001, DJ de 2001). Nesse sentido, cf., ainda: ADI 2.417, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 2003, e ADI 1.963-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1999.

[63] O art. 13, da Lei nº 9.709/1998, que regulamentou o art. 14, da CF/1988, em seus parágrafos estabelece que o projeto de Lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto, não podendo ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Por fim, o art. 14, da Lei nº 9.709/1998 dispõe que, sendo verificado pela Câmara dos Deputados o cumprimento das exigências estabelecidas no art. anterior (art. 13, da Lei nº 9.709/1998) e respectivos parágrafos, será dado seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Poderíamos pensar que, havendo qualquer modificação, a Lei aprovada tenha de passar por referendo popular, mas não é, infelizmente, a tese que vigora.

Esquematizando as regras para a iniciativa popular previstas no art. 61, § 2º, da CF/1988, temos:

• iniciativa?: popular;

• de que forma?: apresentação de projeto de Lei Ordinária ou complementar à Câmara dos Deputados;[64] e [65]

• como deve ser apresentado o projeto de lei?: o projeto de Lei deve ser subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional;

• como deve estar disposto esse "1% do eleitorado nacional"?: deve estar distribuído por, pelo menos, 5 Estados e, em cada Estado, não pode haver menos que 0,3% dos seus eleitores, subscrevendo o projeto de lei.

Para se ter uma noção do número necessário, em dezembro de 2019 o eleitorado nacional, informado pelo TSE, era de 147.870.154 eleitores. Portanto, o número para a iniciativa popular seria de, pelo menos, 1.478.702, obedecendo-se, ainda, às regras expostas na Constituição de percentual mínimo por Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diante desse rigorismo procedimental e numérico, qualifica a iniciativa popular como "instituto decorativo".[66]

O art. 13, § 1º, da Lei nº 9.709/1998, no mesmo sentido do que já dizia o art. 252, VIII, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, dispõe que o projeto de Lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto, isso para facilitar a coleta de assinaturas e a exata compreensão do que se está assinando.

O art. 13, § 2º, da Lei nº 9.709/1998 prevê que o projeto de Lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, que é a Casa iniciadora (sendo o Senado Federal a Casa revisora), por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação, sendo que o art. 14, da Lei nº 9.709/1998, estabelece que a Câmara dará seguimento à iniciativa popular consoante as normas do Regimento Interno.

Para aprofundar o assunto, o amigo concurseiro poderá analisar o art. 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, bem como os art. 24, II, "c", art. 91, II, art. 105, IV, e art. 171, § 3º, do Regimento Interno do Senado Federal.

---

[64] Nada mais natural que a apresentação do aludido projeto de Lei à Câmara dos Deputados, onde se concentram os representantes do povo, de acordo com o art. 45, caput, da CF/1988.

[65] Cf. discussão sobre iniciativa popular em PEC, em matérias de iniciativa reservada e outros detalhes abaixo.

[66] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Do processo legislativo*.

9.13.3.4.2 Existe algum exemplo de Lei fruto de iniciativa popular?

Surge o grande questionamento: o Brasil tem tradição em projetos de iniciativa popular? Há alguma Lei que teve a iniciativa popular nos termos do art. 61, § 2º, da CF/1988?

Existem somente quatro projetos de Lei de iniciativa popular aprovados (com algumas observações, abaixo, sobre se, de fato, foram em sua essência de iniciativa popular), apresentados a seguir em ordem cronológica de aprovação:

• Lei nº 8.930/1994: conhecido como o Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez, em razão do homicídio de sua filha, o documento reuniu mais de 1 milhão e 300 mil assinaturas, culminando com a modificação, da Lei de Crimes Hediondos. Cabe alertar, contudo, que, na prática, esse projeto foi encaminhado pelo Presidente da República, pela Mensagem nº 571/1993, que, autonomamente, já teria iniciativa para deflagrar o processo legislativo. No site da Câmara dos Deputados, o projeto aparece como sendo de coautoria do Executivo e da Iniciativa Popular. No site do Senado Federal, contudo, na tramitação legislativa aparece como sendo somente do Executivo;

• Lei nº 9.840/1999: conhecido como "captação de sufrágio", buscou, nos termos de sua justificativa, "... dar mais condições para que a Justiça Eleitoral possa coibir com mais eficiência o crime de compra de votos de eleitores" (DCD, 1999). Iniciou-se com o lançamento do projeto "Combatendo a corrupção eleitoral", em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), com o apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sendo apoiada a iniciativa por mais de 60 entidades.

Até 1999 tinha sido subscrito o projeto de iniciativa popular por 952.314 eleitores, sendo entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados. O tempo era muito curto, pois se queria aprovar a nova regra para já ser aplicada nas eleições do ano 2000 e, ainda, faltavam votos para alcançar o percentual constitucional (à época, correspondente a 1 milhão e 60 mil assinaturas).

Diante dessa situação, faltando assinaturas e existindo o real risco de eventual questionamento de sua validação técnica, o projeto foi subscrito pelo Deputado Albérico Cordeiro e outros 59 parlamentares, sendo aprovado em tempo recorde e passando as suas regras a ser aplicadas já a partir das eleições de 2000 (o Presidente da República sancionou a Lei em 1999, que foi publicada no DOU de 1999, portanto um dia antes do prazo fatal para a sua aplicação no pleito de 2000 – vide art. 16, da CF/1988).[67]

[67] Para uma análise mais aprofundada do assunto, cf. o completíssimo Constituição Estadual RQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua: *Direito eleitoral brasileiro.*

• Lei nº 11.124/2005: conhecida como "fundo nacional para moradia popular", a Lei dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS.

Trata-se do primeiro projeto de iniciativa popular da história brasileira apresentado à Câmara dos Deputados (lembrar que o instituto da iniciativa popular foi introduzido pela CF/1988) – PL nº 2.710/1992-CD, que tramitou por mais de 13 anos. "O principal objetivo do Fundo é somar e articular todos os recursos para ações em habitação nos três níveis de governo – federal, estaduais e municipais –, e direcioná-los para atender as famílias de baixa renda."[68]

A Comissão de Constituição e Justiça, durante a tramitação do referido projeto de lei, que culminou na aprovação, da Lei nº 11.124/2005, chegou a discutir eventual vício formal de iniciativa na medida em que, em tese, o dispositivo legal contém normas sobre Administração Pública, criação de órgãos, atribuição de competências, gestão de recursos etc., o que poderia levar ao entendimento de que só ao Presidente da República caberia iniciar o aludido processo legislativo, nos termos do art. 61, § 1º, II, "a" e "e", da CF/1988.

Esse entendimento literal não nos parece o mais correto, como veremos a seguir, especialmente diante do sentido maior de titularidade do poder pelo povo, que elege o Presidente da República, à luz da interpretação sistemática do texto.

No entanto, esse tema ainda não foi enfrentado pelo STF e, de modo geral, para as provas preambulares, não vem sendo aceito o instituto da iniciativa popular em matérias de iniciativa reservada ou exclusiva.

• LC nº 135/2010 ("Ficha Limpa"): muito embora tenha sido iniciada a discussão a partir de projeto originário do Executivo (PLP 168/1993), o Projeto de LC nº 518/2009 (Câmara dos Deputados) foi encaminhado por diversos Deputados Federais, apoiado por 1 milhão e 700 mil assinaturas, com o objetivo de tramitar como projeto de iniciativa popular. Assim, puramente, não foi um projeto exclusivamente de iniciativa popular, mas, sim, teve ampla aceitação da sociedade.

9.13.3.4.3 Conclusões iniciais

Por todo o exposto, percebe-se que a experiência brasileira é muito tímida. Reconhecemos que os requisitos rígidos contribuem para essa situação (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como vimos, fala em "instituto decorativo"). Contudo, na prática, temos certeza de que o instituto consagra a soberania popular e serve, ao menos, de pressão para que o Congresso Nacional priorize as matérias, mesmo quando o projeto é encampado por algum Parlamentar ou outro órgão que tenha a possibilidade da iniciativa legislativa.

---

[68] Cf. www.gov.br.

Essa realidade, que demonstra a pouca participação popular nos projetos de lei, vem sendo, entretanto, discutida no Congresso Nacional, e há vários projetos no sentido de facilitar e viabilizar a democracia participativa, como a PEC nº 2/1999, que diminui o percentual das assinaturas para 0,5% do eleitorado nacional, o PL 4.764/2009, que admite a assinatura digital (eletrônica) para o envio das propostas, o PL 7.003/2010, que possibilita o uso de urnas eletrônicas para a coleta das assinaturas, entre tantos outros.

Buscando minimizar essa realidade, tanto na Câmara como no Senado, já existem Comissões Participativas, destacando-se:

• Comissão de Legislação Participativa (art. 32, XII, do RICD): possui, como campo temático ou área de atividade: a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos; b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea "a" desse inciso;

• Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (art. 102-E do RISF): compete opinar sobre: I – sugestões legislativas apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos com representação política no Congresso Nacional; II – pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas no inciso I.

9.13.3.4.4 Iniciativa popular de "PEC"?

Conquanto desejável, o sistema brasileiro não admitiu expressamente a iniciativa popular para propostas de emendas à Constituição (PEC), apesar de entendermos perfeitamente cabível, como se verá abaixo.

Ao contrário, de modo expresso, o exercício do poder constituinte derivado reformador foi direcionado para o rol de legitimados previsto no art. 60, I, II e III, da CF/1988, consagrando a denominada iniciativa concorrente.

Diante disso, Mônica de Melo sustenta que "... projeto de Lei de iniciativa popular não pode alterar normas constitucionais, uma vez que o instrumento próprio é a emenda constitucional, que possui iniciativa própria e diferenciada das outras espécies".[69]

No entanto, com o máximo respeito, ousamos discordar, apontando para uma linha mais ampla da regra prevista no art. 61, § 2º, da CF/1988.

Valemo-nos, para tanto, da interpretação sistemática, destacando o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, que permite o exercício do poder de forma direta pelo próprio povo, e o

[69] MELO, Mônica de: *Plebiscito, referendo e iniciativa popular*.

art. 14, III, da CF/1988, ao estabelecer que a soberania popular será exercida mediante a iniciativa popular.

Nesse sentido, José Afonso da Silva pondera que a iniciativa popular para PEC pode vir a ser reconhecida "... com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição", apesar de não estar esse tipo de iniciativa popular "... especificamente estabelecido para emendas constitucionais como o está para as leis (art. 61, § 2º, da CF/1988)".[70]

E complementa afirmando que o instituto da iniciativa popular para PEC "... vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais".[71]

Cabe alertar, para termos exemplos, que, dos 26 Estados + o DF, 18, portanto mais da metade, admitem, de forma declarada e expressa (vide quadro a seguir), a iniciativa popular para encaminhamento de PEC.

Alguns Municípios também admitem o encaminhamento de emendas por iniciativa popular (apenas para ilustrar, confira o art. 5º, § 1º, II, da LOM de São Paulo).

Como exemplo de proposta de emenda popular podemos citar a PEC nº 3/1998 (aprovada como EC nº 31/2005) à Constituição do Estado do Pará, que, de maneira inédita, suspendeu a restrição do passe livre às pessoas portadoras de deficiência nos transportes públicos rodoviários e aquaviários, intermunicipais e municipais, no Pará, modificando o art. 249, VI, "a", da Constituição do Estado.[72]

Quadro Comparativo das Constituições Estaduais

ESTADOS DA FEDERAÇÃO PREVISÃO	**PREVISÃO EXPRESSA DE INICIATIVA POPULAR DE "PEC" NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL? SIM**	**PREVISÃO EXPRESSA DE INICIATIVA POPULAR DE "PEC" NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL? NÃO**
Acre	• art. 53, III, da CE-AC	
Alagoas	• art. 85, IV, da CE-AL	
Amapá	• art. 103, IV, e 110 da CE-AP	
Amazonas	• art. 32, IV, da CE-AM	
Bahia	• art. 31 da CE-BA	
Ceará		• não há previsão expressa na Constituição
Distrito Federal	• art. 70, III, da LO-DF	
Espírito Santo	• art. 62, III, da CE-ES	
Goiás	• art. 19, IV, da CE-GO	
Maranhão		• não há previsão expressa na Constituição
Mato Grosso		• não há previsão expressa na Constituição
Mato Grosso do Sul		• não há previsão expressa na Constituição
Minas Gerais		• não há previsão expressa na Constituição
Pará	• art. 8º, parágrafo único, da CE-PA	
Paraíba	• art. 62, IV, da CE-PB – acrescentado pela EC nº 2/1993	

[70] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[71] *Ibid.*
[72] Cf., ainda, o art. 8º, parágrafo único, da Constituição do Estado do Pará.

Paraná		• não há previsão expressa na Constituição
Pernambuco	• art. 17, III, da CE-PE	
Piauí		• não há previsão expressa na Constituição
Rio de Janeiro	• art. 111, IV, CE-RJ – acrescentado pela EC nº 56/2013	
Rio Grande do Norte	• art. 45, III, CE-RN – acrescentado pela EC nº 13/2014	
Rio Grande do Sul	• art. 58, IV, da CE-RS	
Rondônia		• não há previsão expressa na Constituição
Roraima	• art. 39, IV, da CE-RR	
Santa Catarina	• art. 49, IV, da CE-SC	
São Paulo	• art. 22, IV, da CE-SP	
Sergipe	• art. 56, IV, da CE-SE	
Tocantins		• não há previsão expressa na Constituição

Canotilho, analisando a Constituição de Portugal, observa que "a iniciativa popular é um procedimento democrático que consiste em facultar ao povo (a uma percentagem de eleitores ou a um certo número de eleitores) a iniciativa de uma proposta tendente à adoção de uma norma constitucional ou legislativa".[73]

Parece uma linha bastante interessante de se pensar, especialmente se se fizer uma interpretação sistemática da Constituição, lembrando que a titularidade do poder pertence ao povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, e que a soberania popular é exercida pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular.

Realizando pesquisa na jurisprudência do STF, encontramos apenas um único caso em que se analisava a possibilidade de PEC de iniciativa popular em âmbito estadual, qual seja, o questionamento da constitucionalidade dos art. 103, IV, e art. 110 da Constituição do Amapá, na ADI 825-1.

Felizmente, seguindo a proposta doutrinária que sustentamos há tempo, a Corte entendeu ser possível a alteração da Constituição Estadual por emenda de iniciativa popular.

O STF, em 2018, por 6 x 4, prescreveu que a iniciativa popular de emenda à Constituição do Estado "é compatível com a Constituição da República, nomeadamente o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, o art. 14, II e III, da CF/1988 e o art. 49, XV da CF/1988. Na democracia, além dos mecanismos tradicionais por meio dos representantes eleitos, há os de participação direta com projeto de iniciativa popular. A Constituição amapaense densifica a ampliação daquilo que a Constituição Federal não prevê expressamente. Trata-se de certa democratização no processo de reforma das regras constitucionais estaduais. No tocante à simetria, revelou não ser obstativa ante a ausência de regra clara que afaste a faculdade de o estado aumentar os mecanismos de participação direta" (Inf. 921/STF).

[73] CANOTILHO, J. J Gomes*: direito constitucional e teoria da Constituição.*

9.13.3.4.5 Cabe iniciativa popular de matérias reservadas à iniciativa exclusiva de outros titulares?

De modo geral, não se admite a iniciativa popular para matérias em relação às quais a Constituição fixou determinado titular para deflagrar o processo legislativo (iniciativa exclusiva ou reservada).

Como todos sabem, existe previsão de iniciativa reservada (exclusiva) para o Presidente da República (art. 61, § 1º, da CF/1988); o Poder Judiciário (art. 93, da CF/1988); as Mesas da Câmara e do Senado (art. 51, IV, e art. 52, XIII, da CF/1988) etc.

O único questionamento que vem surgindo é quanto à possibilidade ou não de iniciativa popular em matérias de iniciativa reservada do Presidente da República (em relação aos outros titulares, a dúvida estaria afastada).

Temos um exemplo concreto: conforme vimos, a Comissão de Constituição e Justiça, durante a tramitação do projeto de Lei que culminou na aprovação, da Lei nº 11.124/2005 (de iniciativa popular), chegou a discutir eventual vício formal de iniciativa tendo em vista que a matéria tratada, nos termos do art. 61, § 1º, II, "a" e "e", da CF/1988, seria de competência exclusiva, portanto, indelegável, do Presidente da República.

O entendimento da CCJ, tanto da CD como do SF, foi o de que não haveria vício de iniciativa. Isso porque o processo legislativo teria sido instaurado por iniciativa popular, lembrando que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes.

Parece-nos bastante sedutora essa tese. Vamos aguardar, contudo, eventual manifestação do STF sobre o assunto.

Para as provas, especialmente as preambulares, temos visto o entendimento de que, genericamente, não caberia iniciativa popular em matérias de iniciativa reservada. Não encontramos nenhuma prova que tenha feito pergunta no sentido de iniciativa popular em caso de iniciativa reservada do Presidente da República.

José Afonso da Silva, expressamente, ao falar sobre a iniciativa popular, observa que se trata de "... iniciativa legislativa que ingressa no campo das iniciativas concorrentes. Não se admite iniciativa legislativa popular em matéria reservada à iniciativa exclusiva de outros titulares...".[74]

Fica o tema para ser discutido...

---

[74] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

9.13.3.4.6 O Parlamento tem legitimidade para desconstruir uma proposta de iniciativa popular?

- "10 medidas contra a corrupção" – www.dezmedidas.mpf.mp.br
- MS 34.530 STF
- PL 4.850/2016

9.13.3.4.7 Iniciativa popular e as espécies normativas: Esquematização

Neste tópico, procuramos sistematizar o cabimento de iniciativa popular em relação às espécies normativas do art. 59, da CF/1988. Então vejamos:

ESPÉCIE NORMATIVA	CABE INICIATIVA POPULAR?
Emendas à Constituição	• apesar de não haver previsão expressa na CF/1988, admite-se, desde que se faça a já comentada e discutida interpretação sistemática do texto
Leis complementares	• a CF/1988 expressamente admite nos termos do art. 61, § 2º, da CF/1988.
Leis ordinárias	• a CF/1988 expressamente admite nos termos do art. 61, § 2º, da CF/1988.
Leis delegadas	• não se admite, já que a delegação, nos termos do art. 68, da CF/1988, deve ser solicitada pelo Presidente da República e concedida, por meio de resolução, pelo Congresso Nacional ao Presidente da República e somente a ele
Medidas provisórias	• não se admite, já que a titularidade para a edição de MP é exclusiva do Chefe do Executivo nos casos de relevância e urgência e nos termos do art. 62, da CF/1988
Decretos legislativos	• não se admite, já que o Decreto Legislativo é o instrumento pelo qual o Congresso Nacional materializa as suas competências exclusivas previstas no art. 49, da CF/1988
Resoluções	• não se admite, já que a resolução é o instrumento pelo qual se instrumentalizam as atribuições da CD, do SF ou algumas comuns fixadas no regimento interno do Congresso Nacional

9.13.3.4.8 Iniciativa popular em âmbito estadual e municipal

A iniciativa popular em âmbito estadual está prevista no art. 27, § 4º, da CF/1988, que transfere a sua regulamentação para lei. Apenas a título de ilustração, a Constituição do Estado de São Paulo regulamenta a matéria em seu art. 24, § 3º, da CE-SP, trazendo diversas regras.

O art. 29, XIII, da CF/1988 fixa as regras para a iniciativa popular em âmbito municipal, dispondo de modo diferente da iniciativa popular em âmbito federal. Vejamos: "iniciativa popular de projetos de Lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, 5% do eleitorado".

9.13.3.5 Iniciativa conjunta: ainda persiste, tendo em vista a reforma da previdência (EC nº 41/2003)?

Na hipótese de iniciativa conjunta, existe uma presunção de consenso de vontades, estabelecendo a CF/1988 competência para que diversas pessoas, juntas, deflagrem o processo legislativo.

Como exemplo, lembramos a inovação introduzida pela EC nº 19/1998, que determinou a iniciativa conjunta para a elaboração de Lei que fixasse o subsídio dos Ministros do STF, teto máximo previsto no art. 37, XI, da CF/1988.

Referido teto máximo, correspondente ao subsídio dos Ministros do STF, deveria, de acordo com a regra anterior, ser fixado por Lei Federal, ordinária (art. 47, da CF/1988), a ser editada pelo Congresso Nacional, de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do STF (art. 48, XV, da CF/1988).

A EC nº 41/2003, em contrapartida, afastou a regra da iniciativa conjunta, como se verá no próximo item, prevendo o novo procedimento de iniciativa exclusiva do STF para se deflagrar o processo legislativo que fixa o subsídio dos Ministros do STF – teto do funcionalismo (art. 48, XV, c/c o art. 96, II, "b", da CF/1988).

9.13.3.6 Iniciativa para fixação do subsídio dos Ministros do STF – teto do funcionalismo – art. 48, XV, c/c o art. 96, II, "b", da CF/1988

Conforme visto no item anterior, a Reforma da Previdência (EC nº 41/2003) trouxe nova regra no tocante à iniciativa do projeto de Lei para a fixação do subsídio dos Ministros do STF.

De acordo com o art. 96, II, "b", da CF/1988, a iniciativa de projeto de Lei fixando a remuneração dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, cabe aos Tribunais.

Assim, a iniciativa do projeto de Lei (ordinária), que deverá ser analisado pelo Congresso Nacional (art. 48, XV, da CF/1988), para a fixação do teto do funcionalismo (subsídio mensal dos Ministros do STF), cabe ao STF (atualmente, a matéria está disciplinada na Lei nº 13.752/2018, que fixou o valor em R$ 39.293,32, devendo ser observado o disposto no art. 169, da CF/1988).

9.13.3.7 Algumas peculiaridades a serem observadas

9.13.3.7.1 Organização do ministério público

Quando descrevemos as hipóteses de iniciativa privativa, lembramos o art. 61, § 1º, da CF/1988, que trata das matérias de competência privativa do Presidente da República.

Apesar dessa previsão expressa, no tocante à iniciativa para apresentação de projeto de Lei Complementar de organização do Ministério Público da União (art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988), a CF/1988 estabeleceu competência "concorrente" entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República, conforme pode ser observado pela leitura do art. 128, § 5º, da CF/1988. Assim, a matéria sobre a organização do Ministério Público da União terá iniciativa legislativa concorrente do Presidente da República com o Procurador-Geral da República. Nesse caso José Afonso da Silva chega a falar de uma espécie de "iniciativa compartilhada".[75]

Tendo em conta a necessária observância compulsória pelos Estados-Membros e pelo DF das regras básicas de processo legislativo federal, também em âmbito estadual e distrital dever-se-á observar a regra da iniciativa compartilhada.

Assim, no âmbito estadual, concorrem para legislar, mediante Lei Complementar, sobre normas específicas de organização, atribuições e estatuto do respectivo Ministério Público local, o Governador do Estado e o Procurador-Geral de Justiça, lembrando serem de iniciativa reservada do Presidente da República as leis que disponham sobre normas gerais (no caso, a Lei nº 8.625/1993 – LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – cf. art. 61, § 1º, II, "d" – parte final, da CF/1988).[76]

Em igual medida, em âmbito distrital, em face da regra do art. 21, XIII, da CF/1988 (que confere competência à União para organizar e manter o MP do DF e dos Territórios), e a do art. 128, I, da CF/1988 (que aloca o MP do DF e dos Territórios como ramo do MP da União), a iniciativa, da Lei Complementar será compartilhada entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República, perante o Congresso Nacional (e não entre o Governador do DF e o Procurador-Geral de Justiça, conforme se observa em âmbito estadual). Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 estabelece que a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão objeto, da LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União (no caso, a LC nº 75/1993. Nesse sentido, RE 262.178, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, voto, DJ de 2000).

---

[75] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[76] "A atribuição, exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo estadual, da iniciativa do projeto de LOMP – Lei Orgânica do Ministério Público, por sua vez, configura violação ao art. 128, § 5º, da CF/1988, que faculta tal prerrogativa aos Procuradores-Gerais de Justiça" (ADI 852, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 2002).

Finalmente, no tocante ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por entender o STF que se trata de Ministério Público especial (art. 130, da CF/1988), não integrante do MP comum, a iniciativa de Lei sobre a sua organização será privativa da respectiva Corte de Contas.

9.13.3.7.2 Proposta pela maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67, da CF/1988 – regra da irrepetibilidade)

O art. 67, da CF/1988 dispõe que a matéria constante de projeto de Lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Trata-se da denominada regra da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa, cuja origem remonta ao art. 40, da CF/1891.

Como veremos, deflagrado o processo legislativo, se na fase de discussão e votação o projeto de Lei não for aprovado, ou mesmo se vetado e mantido o veto pelo Parlamento (o que corresponderia a uma não aprovação), como regra geral só poderá ser reapresentado na sessão legislativa seguinte (lembrar que a sessão legislativa é o período anual em que os parlamentares se reúnem em Brasília, cf. o art. 57, caput, da CF/1988).

No entanto, através da proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, o projeto de Lei poderá ser reapresentado na mesma sessão legislativa, surgindo, assim, uma nova hipótese de iniciativa para o processo legislativo.

Algumas questões podem ser levantadas:

• e se o novo projeto de lei, cuja iniciativa seguiu o procedimento do art. 67, da CF/1988, for novamente rejeitado?

Poderá a matéria ser reapresentada, na forma do art. 67, da CF/1988, na mesma sessão legislativa, por uma segunda vez?

Parece-nos que sim. Não há, pelo menos do ponto de vista da regra do art. 67, da CF/1988, uma limitação de quantidade de vezes para a reapresentação do projeto. O único requisito que se fixa é o *quorum* qualificado da maioria absoluta, surgindo, pois, uma exceção à regra da irrepetibilidade dos projetos rejeitados.

• e em relação às matérias de iniciativa reservada ou exclusiva?

Conforme vimos, algumas matérias são de iniciativa privativa (ou melhor, exclusiva ou reservada) de determinadas pessoas ou órgãos, só podendo o processo legislativo ser deflagrado por elas, sob pena de se configurar vício formal de iniciativa, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo.

Dessa maneira, como a matéria só poderá ser encaminhada pelo titular da iniciativa reservada, entendemos que a regra do art. 67, da CF/1988 não poderá ser aplicada.

Em matérias de iniciativa reservada, portanto, o projeto de Lei rejeitado só poderá ser reapresentado na sessão legislativa seguinte, pois não se conseguiria o *quorum* qualificado da maioria absoluta, sob pena de se caracterizar vício formal de inconstitucionalidade por violação à regra da irrepetibilidade.

Nesse caso, então, pode-se afirmar que a regra da irrepetibilidade é absoluta.

• e em relação às matérias constantes de projeto de Lei rejeitado pelo CN, poderá o Presidente da República veicular a mesma matéria por MP?

Entendemos que não, pois estaria sendo violada a regra do art. 67, da CF/1988 e o princípio da separação de Poderes e integridade da ordem democrática. A única forma de reapresentar matéria constante de projeto de Lei rejeitado seria somente mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

• e em relação à MP que veicule matéria constante de outra MP anteriormente rejeitada pelo CN?

Também entendemos que não poderá o Presidente apresentar nova MP constante de outra MP anteriormente rejeitada, sob pena de se violar a regra do art. 67, da CF/1988.[77]

9.13.3.7.3 Iniciativa parlamentar ou extraparlamentar

Essa classificação é pouco cobrada nos concursos, mas convém explicá-la, a fim de evitar surpresas no dia das provas. Segundo Alexandre de Moraes, "diz-se parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei. Diz-se, por outro lado, iniciativa extraparlamentar àquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei)".[78]

9.13.4 Fase constitutiva

Nessa segunda fase do processo legislativo, teremos a conjugação de vontades, tanto do legislativo (deliberação parlamentar – discussão e votação) como do executivo (deliberação executiva – sanção ou veto).

9.13.4.1 Deliberação parlamentar – discussão e votação

---

[77] Em relação a estes dois últimos assuntos, cf. ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1999, DJ de 2002.

[78] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

Como regra geral, em decorrência do bicameralismo federativo, tratando-se de processo legislativo de Lei Federal, sempre haverá a apreciação de duas casas: a casa iniciadora e a casa revisora. Assim, para que o projeto de Lei seja apreciado pelo Chefe do Executivo, necessariamente, deverá ter sido, previamente, apreciado e aprovado pelas duas Casas – a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

9.13.4.1.1 O projeto começa na Câmara ou no Senado?

Para solucionar essa questão, o art. 64, caput, da CF/1988, é expresso ao delimitar que a discussão e votação dos projetos de Lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. A esse rol acrescentaríamos os projetos de iniciativa concorrente dos Deputados ou de Comissões da Câmara, os de iniciativa do Procurador-Geral da República e, naturalmente, os de iniciativa popular (art. 61, § 2º, da CF/1988), que, como já visto, também terão início na Câmara dos Deputados, sendo esta, portanto, a casa iniciadora e o Senado Federal, em todas essas hipóteses lembradas, a casa revisora.

Perante o Senado Federal são propostos somente os projetos de Lei de iniciativa dos Senadores ou de Comissões do Senado, funcionando, nesses casos, a Câmara dos Deputados como Casa revisora.

9.13.4.1.2 Apreciação pelas comissões

Iniciado o processo legislativo, o projeto de Lei passa à apreciação pelas Comissões.

Basicamente, o projeto deverá ser visto, em primeiro lugar, por uma comissão temática, que analisará a matéria da proposição, e, em seguida, pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, que examinará, dentre outros aspectos, a sua constitucionalidade (cf., por exemplo, a previsão dessa ordem nos termos do art. 53 do RICD).

Quando envolver aspectos financeiros ou orçamentário público, depois da comissão temática e antes da CCJ, o projeto será apreciado pela Comissão de Finanças e Tributação, para o exame da compatibilidade ou adequação orçamentária (art. 53 do RICD).

É de observar que essa nova regra, qual seja, a CCJ apreciar o projeto depois da Comissão temática (matéria), foi introduzida pela Res. nº 10/1991 ao RICD.

Conforme anotou Casseb, “é importante notar que a ordem atual da participação das comissões que comporta, em primeiro lugar, o exame dos projetos pelas comissões temáticas e depois pela Comissão de Constituição e Justiça decorreu da necessidade de se eliminar uma considerável falha do procedimento antigo. No período em que a CCJ atuava antes das comissões temáticas, verificou-se que a análise da constitucionalidade das proposições

restava prejudicada, pois os projetos sofriam grandes modificações promovidas pelas comissões técnicas. Esse fato provocou a reformulação e o aperfeiçoamento da ordem de tramitação, haja vista que a avaliação realizada pela CCJ acontece após a atuação das comissões que examinam o mérito dos projetos".[79]

Além disso, sob o aspecto da operacionalidade, muitas matérias que eram apreciadas pela CCJ, quando pela regra anterior ela se manifestava antes da Comissão temática, não vinham a ser aprovadas, levando a um desperdício de tempo e acúmulo de atividades daquela Comissão.

Portanto, em nosso entender, muito bem-vinda a modificação regimental.

Lembramos que as comissões, em razão da matéria de sua competência, poderão, além de discutir e emitir pareceres sobre o projeto de lei, aprová-los, desde que, na forma do regimento interno da Casa, haja dispensa da competência do pleno (delegação *interna corporis*) e inexista, também, interposição de recurso de 1/10 dos membros da Casa, hipótese em que será inviável a votação do projeto de Lei pela comissão temática (art. 58, § 2º, I, da CF/1988), sendo esta, necessariamente, transferida para o pleno da Casa.

Para se ter um exemplo, o art. 24, II, do RICD, deixa claro que não poderão ser objeto de aprovação nas comissões temáticas (em razão da matéria), afetando-os ao Plenário, ou seja, não poderão ser objeto de delegação *interna corporis*, os projetos:

• de Lei Complementar;

• de código;

• de iniciativa popular;

• de Comissão;

• relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o art. 68, § 1º, da CF/1988;

• oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo pleno de qualquer das Casas;

• que tenham recebido pareceres divergentes;

• em regime de urgência;

• e poderíamos acrescentar, por exemplo, as propostas de emenda à Constituição (PEC), que exigem *quorum* de 3/5 dos membros, em cada Casa e em 2 turnos (art. 60, § 2º, da CF/1988).

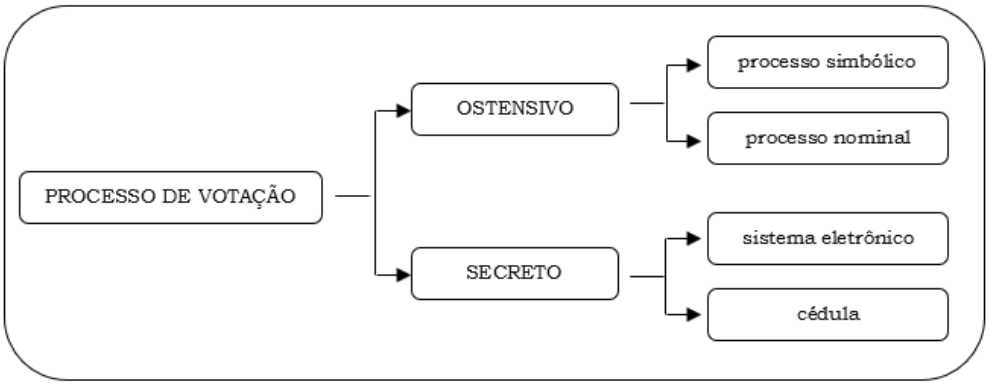
Na hipótese de apreciação pelo Plenário, o parecer das Comissões Temáticas é opinativo, já que a matéria será ainda discutida e votada. Contudo, o parecer da CCJ quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria será terminativo, assim como o da Comissão de Finanças e Tributação, quando de sua manifestação sobre a adequação financeira ou

---

[79] CASSEB, Paulo Adib: *Processo legislativo.*

orçamentária da proposição, salvo provimento de recurso a ser apreciado preliminarmente pelo Plenário, nos termos regimentais.

9.13.4.1.3 Processos de votação



A votação poderá ser ostensiva, adotando-se o processo simbólico ou o nominal, e secreta, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas.

No processo simbólico, que será utilizado na votação das proposições em geral, os parlamentares das respectivas Casas, para aprovar a matéria, permanecerão sentados, levantando-se apenas os que votarem pela rejeição.

Regimentalmente, se for requerida verificação da votação, será ela repetida pelo processo nominal. Segundo o art. 186 do RICD, o processo nominal (pelo sistema eletrônico de votos) será utilizado:

• nos casos em que seja exigido *quorum* especial de votação;

• por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado;

• quando houver pedido de verificação de votação, respeitado o que prescreve o art. 185, § 4º, do RICD;

• nos demais casos expressos neste Regimento.

Por sua vez, o art. 188 do RICD estabelece que a votação por escrutínio secreto far-se-á pelo sistema eletrônico, nos seguintes casos:

• deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado, nas condições previstas no art. 53, § 8º,da CF/1988;

• por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos membros da Casa ou de Líderes que representem este número, formulado antes de iniciada a Ordem do Dia;

• para eleição do Presidente e demais membros da Mesa Diretora, do Presidente e Vice-Presidentes de Comissões Permanentes e Temporárias, dos membros da Câmara que irão compor a Comissão Representativa do Congresso Nacional e dos 2 (dois) cidadãos que irão integrar o Conselho da República e nas demais eleições;

• no caso de pronunciamento sobre a perda de mandato de Deputado ou suspensão das imunidades constitucionais dos membros da Casa durante o estado de sítio.

CUIDADO: muito embora o RICD tenha sofrido modificação pela Res. nº 47/2013 para se ajustar à EC nº 76/2013, que aboliu a votação secreta nos casos de perda do mandato de Deputado ou Senador, entendemos que esse dispositivo regimental, mantido na referida atualização, não mais encontra fundamento na Constituição.[80]

A votação secreta realizar-se-á pelo sistema eletrônico, salvo nas eleições em que se implementará por meio de cédulas.

9.13.4.1.4 A casa revisora

Rejeitado o projeto na Casa Iniciadora, será arquivado. Contudo, se aprovado (seja pelas Comissões Temáticas, nas hipóteses permitidas, seja pelo pleno da Casa), ele seguirá para a Casa revisora, passando, também, pelas Comissões, e, ao final, a Casa revisora poderá aprová-lo, rejeitá-lo ou emendá-lo:

• aprovado o projeto de Lei pela Casa revisora, em um só turno de discussão e votação (regra geral para leis ordinárias e complementares), será ele enviado para sanção ou veto do Chefe do Executivo;

• rejeitado o projeto de lei, ou seja, caso a Casa revisora não o aprove, será ele arquivado, só podendo ser reapresentado na mesma sessão legislativa (anual), mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67, da CF/1988), ou, sem essa formalidade, se a reapresentação for na sessão legislativa seguinte;

• emendado, vale dizer, na hipótese de ter sido alterado o projeto inicial, a emenda, e somente o que foi modificado, deverá ser apreciada pela Casa iniciadora (art. 65, parágrafo único, da CF/1988), sendo vedada a apresentação de emenda à emenda (subemenda).

Nessa hipótese, se a Casa iniciadora aceitar a emenda introduzida pela Casa revisora, assim seguirá o projeto para a deliberação executiva.

Contudo, se a Casa iniciadora rejeitar a emenda, o projeto, em sua redação original, que havia sido estabelecida pela Casa iniciadora, assim seguirá para a apreciação executiva.

Daí poder-se afirmar que no processo legislativo de elaboração de leis no sistema brasileiro haverá predominância da Casa iniciadora sobre a revisora.

Posteriormente, havendo aprovação do projeto de lei, este será encaminhado para o autógrafo, ou seja, a reprodução de todo trâmite legislativo e o conteúdo final do projeto aprovado e/ou emendado, para posterior sanção ou veto presidencial, promulgação (no caso de emendas à Constituição) ou à outra Casa.

---

[80] Referida Res. nº 47/2013 inseriu o art. 188, § 2º, V, do RICD, para deixar explícita a vedação de escrutínio secreto na deliberação sobre a decretação de perda de mandato nas hipóteses do art. 55, I, II e VI, da CF/1988. Com o máximo respeito, se há proibição de deliberação por escrutínio secreto, no mesmo sentido, deveria haver proibição de pronunciamento sobre a perda do mandato por escrutínio secreto. Nesse caso, para que houvesse adequação à EC nº 76/2013, entendemos que a votação deveria ser ostensiva (aberta) para essa hipótese do art. 188, IV, do RICD (alteração regimental pendente).

9.13.4.1.5 Espécies de emendas

De acordo com o art. 118 do RICD, as emendas serão supressivas, aglutinativas, substitutivas, modificativas ou aditivas:

• supressiva: é a que manda erradicar qualquer parte de outra proposição;

• aglutinativa: é a que resulta da fusão de outras emendas, ou destas com o texto, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos;

• substitutiva: é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se "substitutiva" quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa;

• modificativa: é a que altera a proposição sem a modificar substancialmente;

• aditiva: é a que se acrescenta a outra proposição;

• de redação: a modificativa que visa sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.

9.13.4.1.6 Algumas outras regras fundamentais

• emendas a projeto de lei: regra geral, conforme visto, é perfeitamente possível a inclusão de emendas ao projeto de lei. No entanto, distanciando-se dessa regra, não será admitida emenda a projeto de Lei que aumente a despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º, da CF/1988) (cf. item 9.13.3.3.9), bem como nos projetos sobre a organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (art. 63, I e II, da CF/1988);

• processo legislativo sumário ou regime de urgência constitucional: o Presidente da República, nos projetos de sua iniciativa, poderá solicitar urgência na apreciação a ser realizada pelos congressistas. Como visto, a discussão iniciar-se-á na Câmara dos Deputados (art. 64, caput, da CF/1988), devendo ser apreciada em 45 dias. Seguirá, então, para o Senado Federal, que também terá o prazo de 45 dias para apreciar a matéria. Em caso de emenda pelo Senado, sua apreciação será feita no prazo de 10 dias pela Câmara dos Deputados (art. 64, § 1º ao § 3º, da CF/1988), vedando-se, é claro, como já visto, qualquer subemenda. Percebe-se, então, que o procedimento sumário tem prazo de, no máximo, 100 dias (45 dias em cada casa + 10 dias em caso de emenda do Senado Federal a ser apreciada pela Câmara dos Deputados).

Lembramos que os referidos prazos não correm durante o período de recesso do Congresso Nacional (recesso, recorde-se, é o período fora da sessão legislativa ordinária e

que vai, consoante a nova regra trazida pela EC nº 50/2006 – que modificou o art. 57, caput, da CF/1988 – de 18 a 31 de julho e de 23 de dezembro até 1º de fevereiro do ano seguinte) nem se aplicam aos projetos de código (art. 64, § 4º, da CF/1988).

Outra regra importante é a prevista no art. 64, § 2º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 32/2001, segundo a qual, tramitando um processo sob o regime de urgência, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até 45 dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado (como exemplo, o prazo fixado para a apreciação das medidas provisórias, determinado na CF/1988, em 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, nos termos do art. 62, § 3º, da CF/1988), até que se ultime a votação.

Além dos projetos de iniciativa do Presidente da República, quando há solicitação de tramitação urgente, há, ainda, previstos na Constituição Federal, os casos de apreciação de atos de outorga ou renovação de concessão, permissão ou autorização para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que também são projetos que tramitam sob o regime de urgência (cf. art. 223, § 1º, da CF/1988), seguindo os prazos do art. 64, § 2º e § 4º, da CF/1988.

Por fim, apenas esclarecemos que, além dos casos dos projetos que tramitam sob o regime de urgência, constitucionalmente previstos e acima comentados, há hipóteses às quais, regimentalmente, se estabelece a possibilidade de requerer urgência na votação de determinadas matérias. No entanto, nessas situações, a previsão é regimental e não constitucional (cf. art. 336, do RISF e art. 152, do RICD), seguindo-se as peculiaridades de cada regimento interno.

Lembramos, ainda, a previsão de regime de urgência também em legislação infraconstitucional, como, para se ter um exemplo, é o caso da tramitação de Decreto Legislativo (art. 49, II, da CF/1988) para o Congresso Nacional autorizar o trânsito ou permanência de forças estrangeiras no território nacional (art. 3º, II, da LC nº 90/1997).

9.13.4.2 Deliberação executiva – sanção e veto

Terminada a fase de discussão e votação, aprovado o projeto de lei, deverá ele ser encaminhado para a apreciação do Chefe do Executivo. Recebendo o projeto de lei, o Presidente da República o sancionará ou o vetará.

9.13.4.2.1 Sanção

Em caso de concordância, de aquiescência, o Presidente da República sancionará o projeto de lei. Sanção é o mesmo que anuência, aceitação, sendo esse o momento em que o projeto de Lei se transforma em lei, já que, como se verá, o que se promulga é a lei.

A sanção poderá ser expressa ou tácita.

Sanção expressa é quando o Chefe do Executivo deliberadamente manifesta a sua concordância. Contudo, na sanção tácita, recebido o projeto, se ele não se manifestar no prazo de 15 dias úteis, o seu silêncio importará sanção. É o famoso "quem cala, consente", ou seja, ficando silente, é como se o Chefe do Executivo não discordasse do projeto encaminhado pelo Legislativo.

Conforme vimos, sanção presidencial não convalida vício formal subjetivo de iniciativa, ou seja, em se tratando, por exemplo, de projeto cuja iniciativa seja reservada ao Presidente da República e encaminhada por um Deputado, a sanção não corrige o vício, que é insanável (cf. item 9.13.3.3.12).

E qual o prazo para o Presidente sancionar o projeto de lei?

Apesar de não haver previsão expressa, sabendo que o Chefe do Executivo tem 15 dias úteis para vetar o projeto de Lei e que o seu silêncio importará sanção, temos de afirmar que o prazo para sancioná-lo será, também, de 15 dias úteis.

Convém alertar que nem todos os projetos são sancionáveis.

Nos termos do art. 48, da CF/1988, dispensa-se a sanção e, portanto, não há que se falar em veto, nos projetos que versam sobre as matérias estabelecidas nos art. 49, da CF/1988 (competência exclusiva do Congresso Nacional), art. 51, da CF/1988 (competência privativa da CD), art. 52, da CF/1988 (competência privativa do SF) e, ainda, nas propostas de emenda à Constituição (PEC).

O instituto da sanção e, portanto, o momento de deliberação executiva deverão implementar-se mesmo em caso de projeto de iniciativa do Presidente que não tenha sido alterado pelo Parlamento.

Parece razoável imaginar que também nos projetos de Lei de sua iniciativa o Presidente possa, agora, em fase mais madura do procedimento, vetá-lo, devendo, assim, ser, necessariamente, aberta a fase de deliberação executiva, até porque o art. 66, caput, da CF/1988, é categórico ao afirmar que a Casa na qual tenha sido concluída a votação (e não distingue o tipo de iniciativa) enviará o projeto de Lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

9.13.4.2.2 Regras gerais sobre o veto

Em caso de discordância, poderá o Presidente da República vetar o projeto de lei, total ou parcialmente, observadas as seguintes regras:

• prazo para vetar: 15 dias úteis, contados da data do recebimento;

• tipos de veto: total ou parcial. Ou se veta todo o projeto de Lei (veto total), ou somente parte dele. O veto parcial só abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Assim, pode-se afirmar que não existe veto de palavras, o que poderia alterar, profundamente, o sentido do texto. Na hipótese de veto parcial, haverá análise pelo Congresso Nacional apenas da parte vetada, o que significa que a parte não vetada, que será promulgada e publicada, poderá entrar em vigor em momento anterior à referida parte vetada (veto parcial), se este vier a ser derrubado;

• motivos do veto: vetando o projeto de lei, total ou parcialmente, o Presidente da República deverá comunicar ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto no prazo de 48 horas. Poderá o Presidente da República vetar o projeto de Lei se entendê-lo inconstitucional (veto jurídico), ou contrário ao interesse público (veto político);

• características do veto: o veto é sempre expresso, conforme visto. Assim, não existe veto tácito, devendo ser motivado e por escrito. O veto é sempre supressivo, não podendo adicionar. Além disso, o veto é superável ou relativo, pois poderá ser "derrubado" pelo Parlamento. Podemos afirmar, também, que o veto é irretratável, pois, vetando e encaminhando os motivos para o Senado Federal, o Presidente da República não poderá retratar-se;

• veto sem motivação: se o Presidente da República simplesmente vetar, sem explicar os motivos de seu ato, estaremos diante da inexistência do veto, portanto, o veto sem motivação expressa produzirá os mesmos efeitos da sanção (no caso, tácita);

• silêncio do Presidente da República: conforme vimos, recebido o projeto de Lei e quedando-se inerte, o silêncio do Presidente importará sanção, ou seja, estaremos diante da chamada sanção tácita.

Sancionado o projeto de lei, passará ele para a próxima fase, da promulgação e publicação.

Existindo veto, este será, necessariamente, apreciado em sessão conjunta da Câmara e do Senado, dentro de 30 dias a contar de seu recebimento.[81] Pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em votação ostensiva (votação pública, ou seja, voto "aberto"), o veto poderá ser rejeitado (afastado), produzindo os mesmos efeitos que a sanção (art. 66, § 4º, da CF/1988). (Lembramos que a EC nº 76/2013 aboliu a votação secreta para essa hipótese).

Sendo derrubado o veto, a Lei deverá ser enviada ao Presidente da República para promulgação dentro do prazo de 48 horas. Se este não o fizer, caberá ao Presidente do Senado

[81] Esgotado sem deliberação o referido prazo de 30 dias a contar de seu recebimento, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (cf. art. 66, § 6º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 32/2001).

a promulgação, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 5º e § 7º, da CF/1988). Aqui, o texto não prevê alternativa. Reforçando o comando, a regra diz que caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Na hipótese de o veto ser mantido, o projeto será arquivado, aplicando-se a regra contida no art. 67, da CF/1988, que consagra a regra da irrepetibilidade (cf. item 9.13.3.7.2).

9.13.4.2.3 Os vetos devem ser apreciados na ordem cronológica de sua comunicação ao Congresso Nacional? (MS 31.816 – "royalties" do pré-sal)

Questão interessante diz respeito à obrigatoriedade de análise dos vetos em sua ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional.

Não há dúvida, e já sinalizamos, de que a análise do veto é obrigatória pelo Congresso Nacional, de acordo com a literalidade do art. 66, § 4º, da CF/1988.

A dúvida surge quanto ao Parlamento ter discricionariedade para "escolher" a matéria que lhe seja mais conveniente, lembrando que o art. 66, § 6º, da CF/1988, estabelece que, esgotado o prazo de 30 dias para análise do veto sem deliberação, será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

Para responder a essa questão, vamos analisar o caso concreto envolvendo o julgamento dos MS 31.816 e 31.814, impetrados no STF em 2012 por parlamentares federais contra o ato da Mesa Diretora do Congresso Nacional, que, acolhendo requerimento conjunto de urgência nº 12/2012, tornou iminente a possibilidade de apreciação do veto parcial nº 38/2012, que foi aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011 e que veio a ser convertido na Lei nº 12.734/2012.

Referido ato normativo determina novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, buscando, ainda, aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Alegava-se violação à regra da Constituição que fixa o prazo de 30 dias para a apreciação, bem como, em sugerido "estelionato regimental", afronta aos art. 104[82] e art. 105[83] do Regimento Interno do Congresso Nacional (Regimento Comum: Res. nº 1/1970-CN).

---

[82] Art. 104 do RICN: "Comunicado o veto ao Presidente do Senado, este convocará sessão conjunta, a realizar-se dentro de 72 (setenta e duas) horas, para dar conhecimento da matéria ao Congresso Nacional, designação da Comissão Mista que deverá relatá-lo e estabelecimento do calendário de sua tramitação. § 1º O prazo de que trata o art. 66, § 4º, da CF/1988 será contado a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria. § 2º A Comissão será composta de 3 (três) Senadores e 3 (três) Deputados, indicados pelos Presidentes das respectivas Câmaras, integrando-a, se possível, os Relatores da matéria na fase de elaboração do projeto".

[83] Art. 105 do RICN: "A Comissão Mista terá o prazo de 20 (vinte) dias, contado da data de sua Constituição, para apresentar seu relatório".

No primeiro caso, como existiam mais de 3.000 vetos para serem apreciados, concordamos com a tese, entendendo haver afronta à ordem de apresentação, pois a Constituição estabeleceu que o primeiro veto desse volume acumulado, ainda pendente, deveria ser apreciado em 30 dias, sob pena de ser colocado na ordem do dia, sobrestadas as demais proposições.

No segundo argumento, a análise do veto em relação à nova forma de distribuição dos royalties violaria a regra regimental por não ter sido constituída comissão mista de Deputados e Senadores para elaborar relatório sobre o veto presidencial.

Em 2012, o Min. Luiz Fux concedeu, monocraticamente, liminar, determinando à Mesa Diretora do Congresso Nacional que se abstivesse de deliberar acerca do veto parcial nº 38/2012 antes que se procedesse à análise de todos os vetos pendentes (mais de 3.000, alguns sem apreciação há mais de 10 anos.), com prazo expirado até a data daquela decisão, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação, observadas as regras regimentais pertinentes.

Referida decisão, "ante a manifesta contrariedade ao Estado de Direito (art. 1º, caput, da CF/1988) e à proteção das minorias parlamentares", flexibilizava a jurisprudência do STF, que não admite o controle judicial de questões *interna corporis*.

Contra a liminar concedida pelo Min. Fux, foi interposto agravo regimental (o CPC fala em agravo interno), julgado em 2013 pelo Plenário, que, por 6 x 4, cassou-a nos termos da divergência aberta pelo Min. Teori Zavascki. Assim, permitiu-se ao Congresso Nacional, pelo menos por enquanto, analisar os vetos de acordo com a sua liberdade política e conveniência. O Min. Lewandowski destacou o denominado "poder de agenda", no sentido de se assegurar ao Congresso Nacional a autonomia para escolher as matérias que considere relevantes do ponto de vista político, social, cultural, econômico e jurídico para o País.

Tendo em vista a apreciação pelo Congresso Nacional do veto, rejeitando-o, referido mandado de segurança, que buscava impedir a violação da ordem de apreciação, perdeu o seu objeto e, assim, nos termos do art. 21, IX, do RISTF, foi julgado prejudicado.

Deixamos consignado que, em nosso entender, a regra da Constituição é firme e determina a apreciação do veto em 30 dias, sob pena de sobrestamento das demais proposições (art. 66, § 4º e § 6º, da CF/1988). Não se pode esvaziar essa regra clara e extremamente importante. O Congresso, mais uma vez, criou nefasto e inconcebível "costume inconstitucional" de não apreciar os vetos, alguns, conforme visto, há mais de 10 anos aguardando análise.

Ao julgar prejudicado o mandado de segurança, perdeu o STF a oportunidade de adotar o mesmo entendimento firmado na ADI 4.029 (cf. item 9.14.4.3), qual seja, modulando os efeitos da decisão, a partir de sua decisão de mérito, de modo enérgico, determinar a

obrigatoriedade de apreciação dos vetos no prazo improrrogável de 30 dias, sob pena de sobrestamento das demais proposições.

9.13.4.2.4 Procedimento de apreciação dos vetos presidenciais (Res. nº 1/2015-CN)

O contexto da aprovação da Res. nº 1/2015 (DOU, de 2015), que altera o procedimento de apreciação dos vetos presidenciais ao modificar o Regimento Comum do Congresso Nacional (Res. nº 1/1970), foi marcado pela necessidade de regras mais efetivas e céleres.

Conforme observou o então presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, "a modernidade, a racionalidade e a própria sociedade não aceitam mais métodos jurássicos de votação de vetos, com sessões que duram até 19 horas, como já aconteceu. O tumulto passa a ser uma opção política e o Congresso não pode ficar exposto a isso" (Notícias CD, 2015).

Além da modernização e celeridade do procedimento, a alteração buscou adequar o processo de análise às regras introduzidas pela EC nº 76/2013, que definiu a votação aberta (ostensiva), nos termos do art. 66, § 4º, da CF/1988.

Entre as regras contidas no regramento, destacamos:

• votação nominal e apuração eletrônica: a votação do veto será nominal e ocorrerá por meio de cédula com identificação do parlamentar e que permita a apuração eletrônica, da qual constarão todos os vetos incluídos na Ordem do Dia, agrupados por projeto. Inegavelmente, o modelo eletrônico é muito mais eficiente do que as cédulas de papel;

• destaques individuais ou conexos e apreciação eletrônica: até o início da Ordem do Dia, poderá ser apresentado destaque de dispositivos individuais ou conexos para apreciação no painel eletrônico, a requerimento de líderes, que independerá de aprovação pelo Plenário, observados rígida proporcionalidade e importantes limites fixados na referida Resolução. Intimidam-se, assim, as combatidas manobras de obstrução;

• discussão em globo: além de agilizar a votação, a nova regra limita o tempo de discussão das matérias, o que, também, busca eliminar as manobras políticas no sentido de se adiar o enfrentamento de temas polêmicos.

9.13.4.2.5 Regras específicas sobre o veto

• *Riders*: a figura dos *riders* surgiu quando não havia o instituto do veto parcial. Notadamente nas leis orçamentárias, os parlamentares faziam inserir matérias impertinentes, muitas de interesses particulares e sem qualquer relação com as finanças. Assim, como se tinha que aprovar as leis orçamentárias, os *riders*, ou seja, essas "caudas

orçamentárias" ou "pingentes" eram aprovados, sem a possibilidade de excluí-los, já que não havia o veto parcial.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a grande virtude do veto parcial é "... permitir separar o joio do trigo, ou seja, excluir, da Lei o inconveniente sem fulminar todo o texto".

Contudo, continua, quando não havia veto parcial nos regimes, especialmente os presidencialistas, "... surgiu a prática condenável de os parlamentares inserirem nos projetos de orçamento disposições parasitárias, muitas vezes sem nenhuma relação com as finanças públicas, disposições que seriam vetadas se objeto de proposições isoladas".[84]

Portanto, o veto parcial surge como indispensável técnica para a superação dos inconvenientes *riders*.

No Brasil, durante o Império, prevaleceu o entendimento de aceitação apenas do veto total e, assim, situações impertinentes de *riders* nas leis orçamentárias. Em âmbito federal, o veto parcial veio a ser introduzido apenas pela EC nº 1/1926, lembrando que alguns Estados, como o da Bahia, já o previam um pouco antes em suas Constituições estaduais.

• *pocket* veto: estamos diante daquilo que a doutrina denominou veto absoluto. Segundo José Afonso da Silva, "sua utilização impede que se alcance a conclusão da medida proposta, como aquele dos tribunos da plebe da Roma antiga. Hoje, está em desuso, mas existe no Conselho de Segurança da ONU – trata-se do já referido *pocket* veto nos EUA. Vetada absolutamente a matéria, não comporta mais discussão, valendo como rejeição definitiva pelo tempo constitucionalmente estipulado. A matéria só poderá ser objeto de deliberação através de nova iniciativa, verificados os requisitos para que essa possa ocorrer".[85]

O veto absoluto caracterizava-se como um fortalecimento demasiado do Executivo e, assim, verdadeiro instrumento de defesa, já que, ao vetar o projeto, estando o Parlamento em recesso, o projeto não seria devolvido e, então, terminaria no "bolso" do Executivo.

Pocket, do inglês, significa "bolso". Assim, é o "veto de bolso", no sentido de não se conseguir analisá-lo (já que ele ficaria "embolsado", por impossibilidade de análise pelo Parlamento).

O direito brasileiro não adotou o *pocket* veto. Conforme visto, todo veto deverá, necessariamente, ser analisado pelo Parlamento, inclusive com previsão do prazo de 30 dias e, esgotado sem apreciação esse prazo, a sua colocação na ordem do dia da sessão imediata, sobrestando-se as demais proposições, até sua votação final (art. 66, § 4º e § 6º, da CF/1988).

Ainda, a ausência de sanção também não significará o "engavetamento" do projeto, visto que o silêncio do Presidente não caducará o projeto, mas, de maneira bastante adequada, importará sanção.

---

[84] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Do processo legislativo*.
[85] SILVA, José Afonso da: *Processo constitucional de formação das leis*.

9.13.5 Fase complementar – Promulgação e publicação

A fase final ou complementar do processo legislativo pode ser bipartida na promulgação e na publicação, da Lei. Vejamo-las:

9.13.5.1 Promulgação

A promulgação nada mais é que um atestado da existência válida, da Lei e de sua executoriedade. Apesar de ainda não estar em vigor e não ser eficaz, pelo ato da promulgação certifica-se o nascimento, da Lei. José Afonso da Silva aponta que "o ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a Lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória".[86]

Indagamos: o que se promulga, a Lei ou o projeto de lei? Seguindo os ensinamentos de José Afonso da Silva, o que se promulga e publica é a lei, ou seja, no momento da promulgação o projeto de Lei já se transformou em lei. Apesar de alguns entendimentos em contrário, para as provas objetivas dos concursos, adotar o posicionamento de que o projeto de Lei vira Lei com a sanção presidencial ou com a derrubada do veto pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, nos termos do art. 66, § 4º, da CF/1988.

Tanto é que o art. 66, § 7º, da CF/1988, fala, expressamente, em promulgação, da Lei, e não do projeto de lei.

Em regra, então, a Lei deverá ser promulgada pelo Presidente da República. Se no prazo de 48 horas não houver promulgação, nas hipóteses do art. 66, § 3º, da CF/1988, (sanção tácita) e § 5º, da CF/1988 (derrubada do veto pelo Congresso), a Lei será promulgada pelo Presidente do Senado Federal e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado Federal fazê-lo, obrigatoriamente, sob pena de responsabilidade (art. 66, § 7º, da CF/1988).

9.13.5.2 Publicação

Promulgada a lei, deverá ser publicada, ato pelo qual se levará ao conhecimento de todos o conteúdo da inovação legislativa. A publicação implementa-se pela inserção do texto, da Lei no Diário Oficial, devendo ser determinada por quem a promulgou.

Com a publicação, tem-se o estabelecimento do momento em que o cumprimento, da Lei deverá ser exigido. Como regra geral, a Lei começa a vigorar em todo o País 45 dias depois de oficialmente publicada (art. 1º, caput, da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito

---

[86] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

Brasileiro).[87] Havendo disposição expressa em contrário, prevalecerá sobre a regra geral (ex.: "Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação").

Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade, da Lei brasileira, quando admitida, inicia-se 3 meses depois de oficialmente publicada.

Algumas exceções à regra geral também foram previstas na Constituição nos art. 150, III, "b", e art. 195, § 6º, da CF/1988. O período que vai da publicação, da Lei à sua vigência chama-se *vacatio legis*.

Finalmente, grande importância deve ser atribuída ao ato da publicação, no sentido de que ninguém poderá escusar-se de cumprir a Lei alegando o seu desconhecimento. A publicação enseja, portanto, a presunção de conhecimento, da Lei por todos (art. 3º da LINDB).

9.14 Espécies Normativas

Como pudemos perceber no início deste capítulo, o processo legislativo compreenderá a elaboração das seguintes espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Importante notar a inexistência de hierarquia entre as espécies normativas, com exceção das emendas constitucionais, que têm a capacidade de produzir normas de caráter constitucional, como veremos.

Nesse sentido é que cada espécie normativa atuará dentro de sua parcela de competência. Por exemplo, se houver atuação de Lei Ordinária em campo reservado à Lei Complementar, estaremos diante de invasão de competência, surgindo, então, um vício formal, caracterizador da inconstitucionalidade.

Apesar disso, Temer adverte que existe, de fato, um escalonamento de normas, chegando a surgir, em determinadas situações, uma verdadeira relação hierárquica. Isso não se observa em relação às espécies normativas apontadas, mas pode ser verificado nos seguintes exemplos lembrados pelo autor: "A Lei se submete à Constituição, o regulamento

---

[87] Conforme já alertamos em outra passagem desta obra, o Decreto-lei nº 4.657/1942 introduziu em nosso ordenamento a então denominada LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, que, à época, já extrapolava o direito civil, seja por regular a validade, eficácia, vigência, interpretação, revogação das normas, seja por definir conceitos amplos, como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, seja, de modo geral, por apresentar um inegável caráter universal, aplicando-se aos demais "ramos" do direito. Por esse motivo, a Lei nº 12.376/2010 passou a denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mantendo intacto o seu conteúdo. Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves, "trata-se de um conjunto de normas sobre normas, visto que disciplina as próprias normas jurídicas, determinando o seu modo de aplicação e entendimento no tempo e no espaço. Ultrapassa ela o âmbito do direito civil, pois enquanto o objeto das leis em geral é o comportamento humano, o, da Lei de Introdução é a própria norma, visto que disciplina a sua elaboração e vigência, a sua aplicação no tempo e no espaço, as suas fontes etc. Contém normas de sobre direito ou de apoio, sendo considerada um Código de Normas, por ter a Lei como tema central" (GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil esquematizado*).

se submete à lei, a instrução do Ministro se submete ao decreto, a resolução do Secretário de Estado se submete ao Decreto do Governador, a Portaria do chefe de seção se submete à resolução secretarial".[88]

Vejamos cada uma das espécies normativas apontadas no art. 59, da CF/1988.

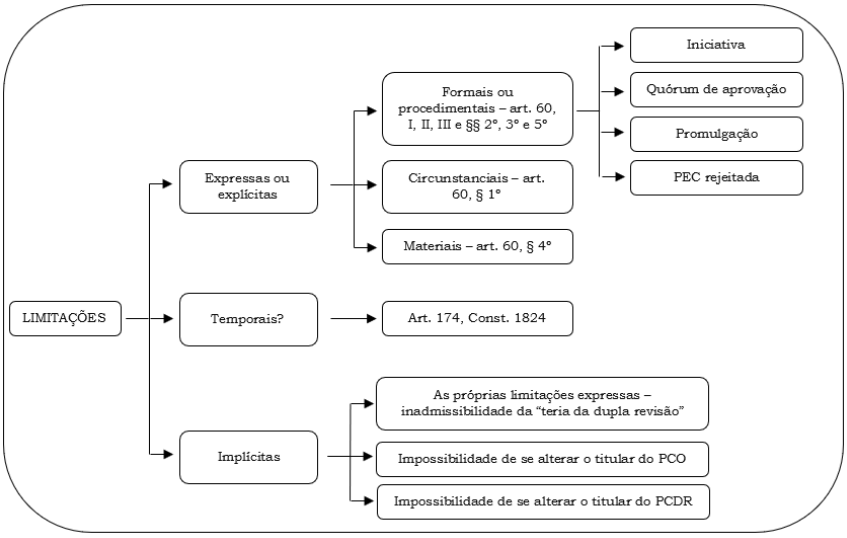
9.14.1 Emenda constitucional - EC

Quando estudamos a teoria do poder constituinte, verificamos que as EC são fruto do trabalho do poder constituinte derivado reformador, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas.

Ao contrário do constituinte originário, que é juridicamente ilimitado, o poder constituinte derivado é condicionado, submetendo-se a algumas limitações, expressamente previstas, ou decorrentes do sistema. Trata-se das limitações expressas ou explícitas (formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais) e das implícitas.

Assim, o "produto" da PEC, isto é, a matéria introduzida, se houver perfeita adequação aos limites indicados, incorporar-se-á ao texto originário, tendo, portanto, força normativa de Constituição.

O veículo, contudo, a PEC aprovada, o instrumento para essa modificação, que se concretiza em uma emenda à Constituição, analisada sob o aspecto formal, poderá ser confrontada perante a CF/1988.



9.14.1.1 Limitações formais ou procedimentais (art. 60, I, II, III, § 2º, § 3º e § 5º, da CF/1988)

[88] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

• Iniciativa (art. 60, I, II e III, da CF/1988): trata-se de iniciativa privativa e concorrente para alteração da Constituição. Havendo proposta de emenda por qualquer pessoa diversa daquelas taxativamente enumeradas, estaremos diante de vício formal subjetivo, caracterizador da inconstitucionalidade. Nesse sentido é que a Constituição só poderá ser emendada mediante proposta:

• de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

• do Presidente da República;

• de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação (no caso, as Assembleias Legislativas dos 26 Estados-Membros, mas incluindo-se, também, a Câmara Legislativa do Distrito Federal), manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Isso posto, surge uma pergunta: pode haver emenda parlamentar em PEC? Exemplificando, vamos imaginar que o Presidente da República tenha encaminhado uma PEC, na forma do art. 60, II, da CF/1988. Poderá essa proposta sofrer emenda parlamentar?

O entendimento é que sim, desde que respeitado o *quorum* constitucional, ou seja, desde que a emenda apresentada tenha sido subscrita por no mínimo 1/3 dos parlamentares e não incida nas vedações constitucionais (nesse sentido, cf. art. 202, § 3º, do RICD e art. 356, parágrafo único, do RISF).

• *Quorum* de aprovação (art. 60, § 2º, da CF/1988): a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros. Diferente é o processo legislativo de formação, da Lei Complementar e, da Lei Ordinária, que deverá ser discutido e votado em um único turno de votação (art. 65, caput, da CF/1988), tendo por *quorum* a maioria absoluta (art. 69, da CF/1988) e a maioria relativa (art. 47, da CF/1988), respectivamente.[89]

No tocante ao processo legislativo, interessante notar que o texto aprovado por uma Casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. O Congresso Nacional tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte da PEC que não foi modificada é promulgada e a parte modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova EC, para a Casa iniciadora. A não observância desse requisito formal caracterizará o vício de inconstitucionalidade (cf. discussão na ADI 2.135-MC, Rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, j. 2007, Inf. 474/STF – matéria pendente de apreciação).

---

[89] Em relação à reforma no âmbito estadual, assim se manifestou o STF: "Processo de reforma da Constituição Estadual – Necessária observância dos requisitos estabelecidos na Constituição (art. 60, § 1º ao § 5º, da CF/1988) – Impossibilidade constitucional de o Estado-membro, em divergência com o modelo inscrito na Lei Fundamental da República, condicionar a reforma da Constituição Estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 da totalidade dos membros integrantes da Assembleia Legislativa – Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo Poder Legislativo local – A questão da autonomia dos Estados-membros (art. 25, da CF/1988) – Subordinação jurídica do poder constituinte decorrente às limitações que o órgão investido de funções constituintes primárias ou originárias estabeleceu no texto da Constituição da República (...)" (ADI 486, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1997, Plenário, DJ de 2006).

• Promulgação (art. 60, § 3º, da CF/1988): outra imposição formal é que a promulgação da emenda seja realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o seu respectivo número de ordem. O número de ordem nada mais é do que o numeral indicativo da quantidade de vezes que a Constituição foi alterada (pelo poder constituinte derivado) desde a sua promulgação. Lembramos que, iniciado o processo de alteração do texto constitucional através de emenda, discutido, votado e aprovado, em cada casa, em 2 turnos de votação, o projeto será encaminhado diretamente para promulgação, inexistindo sanção ou veto presidencial. Após promulgada, o Congresso Nacional publica a emenda constitucional.

• Proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada (art. 60, § 5º, da CF/1988): a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova apresentação na mesma sessão legislativa. Trata-se de regra diferente da prevista para as leis complementares e ordinárias, em relação às quais é permitido o oferecimento de novo projeto de Lei (quando rejeitado) na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso (art. 67, da CF/1988).

9.14.1.2 Limitações circunstanciais (art. 60, § 1º, da CF/1988)

Em determinadas circunstâncias, o constituinte originário vedou a alteração do texto original, em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais. Nesses termos, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de:

• intervenção federal;

• estado de defesa;

• estado de sítio.

9.14.1.3 Limitações materiais (art. 60, § 4º, da CF/1988)

O poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações materiais, ou seja, definiu um núcleo intangível, comumente chamado pela doutrina de cláusulas pétreas. Nesse sentido (e inovando o disposto no art. 50, § 1º, da CF/1967, que previa como "cláusulas pétreas" apenas a Federação e a República), não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

• a forma federativa de Estado;

• o voto direto, secreto, universal e periódico;

• a separação dos Poderes;

• os direitos e garantias individuais.

a) Reforma da Previdência

Nesse sentido, a Reforma da Previdência (EC nº 41/2003) foi amplamente discutida, em especial, dentre vários pontos, a mudança nas regras de transição para a aposentadoria (discutida na ADI 3.104, proposta pela CONAMP) e a taxação dos inativos e pensionistas (discutida na ADI 3.105, proposta pela CONAMP, e na ADI 3.099, proposta pelo PDT).

Segundo o STF, não há direito adquirido a regime jurídico, assim como, em tese, seria possível tratar de matéria definida pela Constituição como cláusula pétrea desde que não a tenda a abolir, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

b) Atribuição de competência estadual para legislar sobre direito penal

De acordo com o art. 22, I, da CF/1988, compete privativamente à União legislar sobre direito penal. Portanto, eventual Lei Estadual, distrital ou municipal nesse sentido seria inconstitucional (vício formal).

A única exceção que existe atualmente, nos termos da Constituição, dá-se no caso de a União, por meio de Lei Complementar, autorizar os Estados a legislarem sobre direito penal. Contudo, na hipótese, a autorização deverá restringir-se a questões específicas (art. 22, parágrafo único, da CF/1988).

Como bem anotaram Estefam e Gonçalves,[90] valendo-se das lições de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa, diante de autorização expressa da União por Lei Complementar, os Estados e o Distrito Federal, ao exercerem a atribuição normativa, estão proibidos de "... disciplinar temas fundamentais de Direito Penal, notadamente aqueles ligados à Parte Geral. A Lei local, ainda, deverá manter-se em harmonia com a federal, estabelecendo-se entre ambas uma relação de regra e exceção, cumprindo que esta seja plenamente justificada diante de peculiaridades regionais. Os Estados e o Distrito Federal poderão apenas, a pretexto de regular temas específicos, definir condutas como infrações penais e impor-lhes a respectiva pena, sem jamais afrontar a Lei Federal, inovando apenas no que se refere às suas particularidades".

Lembrando que ainda não se fez uso dessa prerrogativa, os autores destacam interessante exemplo trazido por Cernicchiaro: "na década de 1980, ocorreu, em Goiás, a contaminação de pessoas com material radioativo (o Césio-137), resultando na necessidade de armazenamento e enterramento do "lixo atômico" encontrado. Esse fato, de efeito local, poderia ser objeto da legislação estadual de cunho penal, visando a eliminar novos riscos de contato humano".

Finalmente, surge a pergunta: EC que transfira a competência da União para os Estados para legislar sobre direito penal viola cláusula pétrea? O tema ainda não foi discutido pelo STF, mas entendemos que seria perfeitamente possível. Em relação à forma federativa, a

---

[90] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios: *Direito penal esquematizado*

nosso ver, não tenderia a aboli-la, mas a fortalecê-la, já que aumentaria a competência estadual. A questão, agora de natureza política e social – e não mais técnica –, seria a análise da conveniência social, especialmente pela dificuldade de se ter a informação sobre os diversos tipos penais que poderiam surgir (estamos amadurecendo esse assunto e aguardarmos críticas e sugestões).

c) Redução da maioridade penal de 18 para 16 anos (art. 228, da CF/1988)

Esse tema foi enfrentado neste estudo no item 19.9.15 e concluímos ser possível, sim, a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, uma vez que o texto apenas não admite a Proposta de Emenda à Constituição – PEC, que tenda a abolir o direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. O que não se admite é reforma que tenda a abolir, repita-se, tais direitos, dentro de um parâmetro de razoabilidade.

Reduzindo de 18 para 16 anos o direito à inimputabilidade, tido como garantia fundamental, ele não deixará de existir, e eventual modificação encontrará, inclusive, coerência com a responsabilidade política de poder exercer a capacidade eleitoral ativa (direito de eleger) a partir dos 16 anos.

9.14.1.4 Limitações temporais?

As limitações temporais, na história constitucional brasileira, foram previstas apenas na Constituição do Império, de 1824, não se verificando nas que se seguiram. Trata-se de previsão de prazo durante o qual fica vedada qualquer alteração da Constituição. O exemplo único é o art. 174 da citada Constituição Política do Império, que permitia a reforma da Constituição somente após 4 anos de sua vigência.

Assim, não há limitação expressa temporal prevista na CF/1988. Convém lembrar que a regra do art. 3º, do ADCT (poder constituinte derivado revisor), que determinou a revisão constitucional após 5 anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, não configurou nenhuma limitação temporal ao poder de reforma, mas apenas a previsão de prazo para a malfeita revisão constitucional já esgotada. Durante esse período de pelo menos 5 anos, como se sabe, a Constituição, observados os limites já expostos, poderia, como foi (vide EC nº 1 a 4), ser reformada por emendas constitucionais, através da manifestação do poder constituinte derivado reformador.

9.14.1.5 Limitações implícitas

Até agora, estudamos as limitações expressas, explicitamente estabelecidas pelo constituinte originário de 1988.

Indagamos, aprofundando a discussão: seria possível, por exemplo, através de EC, revogar expressamente o art. 60, § 4º, I, da CF/1988, e, em um segundo momento, dizer que a forma de Estado não é mais a Federação, passando o Brasil a se constituir em um Estado unitário? Trata-se da teoria da dupla revisão, defendida por Jorge Miranda, segundo a qual em um primeiro momento se revoga uma cláusula pétrea, para, em seguida, modificar aquilo que a cláusula pétrea protegia.[91]

Apesar de o entendimento exposto ser defendido por renomados juristas estrangeiros e pátrios, como o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[92] orientamos para as provas de concursos públicos o posicionamento adotado pela grande maioria dos doutrinadores nacionais, estabelecendo a total impossibilidade da teoria da dupla revisão, na medida em que existem limitações implícitas, decorrentes do sistema, conforme expõe Michel Temer: "as implícitas são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, § 4º, da CF/1988)".[93]

Portanto, as limitações expressas já apontadas caracterizam-se como a primeira limitação implícita ou inerente.

Outras duas limitações implícitas apontadas pela doutrina são a impossibilidade de se alterar tanto o titular do poder constituinte originário como o titular do poder constituinte derivado reformador.

9.14.1.6 Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e a sua equivalência com as emendas constitucionais – EC nº 45/2004

Nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/1988 introduzido pela EC nº 45/2004, e esse tema será aprofundado no item 9.14.5.2.2, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

---

[91] MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*

[92] Verificar interessante estudo em "Significação e alcance das "cláusulas pétreas"" (RDA 202/11-17, out./dez. 1995), defendendo a teoria da dupla revisão, especialmente por entender que o constituinte de 1987/1988 foi investido de poderes especiais por força da Emenda nº 26/1985 à Constituição de 1967. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Do processo legislativo.*

[93] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

Como exemplo, destacamos o DL nº 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

Outro exemplo de tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988, e, portanto, com status constitucional, é o Tratado de Marraqueche, que busca facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, celebrado em 2013, e que entrou em vigor no plano internacional em setembro de 2016, a partir da adesão do Canadá, o 20º Estado-parte, conforme determina o art. 18 do tratado. No tocante ao direito brasileiro, o Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 261/2015, tendo sido promulgado pelo Decreto presidencial nº 9.522/2018.

9.14.2 Lei Complementar e Lei Ordinária

9.14.2.1 Semelhanças

O processo legislativo de Constituição das leis complementares e ordinárias foi exaustivamente analisado quando expusemos a teoria do processo legislativo, constituindo-se, basicamente, em três fases distintas, a saber: fase de iniciativa (deflagra-se o processo legislativo); fase constitutiva (em que ocorre a deliberação parlamentar, pela discussão e votação, bem como a deliberação executiva, manifestando-se o Chefe do Executivo pela sanção ou veto) e a fase complementar (promulgação e publicação). Como regra geral, por meio das leis editar-se-ão normas gerais e abstratas, regulamentando as normas constitucionais.

9.14.2.2 Diferenças

Existem duas grandes diferenças entre a Lei Complementar e a ordinária, uma do ponto de vista material e outra do ponto de vista formal.

9.14.2.2.1 Aspecto material

As hipóteses de regulamentação da Constituição por meio de Lei Complementar estão taxativamente previstas no texto Maior. Sempre que o constituinte originário (ou até mesmo o derivado reformador, conforme previsto, por exemplo, nos art. 146-A e art. 202, da CF/1988, assim como poderia ter sido trazido pelo derivado revisor) quiser que determinada matéria seja regulamentada por Lei Complementar, expressamente, assim o requererá.

As hipóteses que serão regulamentadas por Lei Complementar foram predeterminadas, conforme se observa pelo quadro comparativo no final deste capítulo, onde reunimos todas as hipóteses previstas na CF/1988. Desde já, como exemplos, citamos os art. 7º, I, art. 14, § 9º, art. 18, § 2º, § 3º e § 4º, art. 21, IV, art. 22, parágrafo único, art. 23, parágrafo único e art. 25, § 3º, da CF/1988.

Em relação às leis ordinárias, o campo material por elas ocupado é residual, ou seja, tudo o que não for regulamentado por Lei Complementar, Decreto Legislativo (art. 49, da CF/1988 – matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e resoluções (art. 51 e art. 52, da CF/1988 – matérias de competência privativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).

9.14.2.2.2 Aspecto formal

No tocante ao aspecto formal, a grande diferença entre Lei Complementar e Lei Ordinária está no *quorum* de aprovação do respectivo projeto de lei. Enquanto a Lei Complementar é aprovada pelo *quorum* de maioria absoluta, as leis ordinárias o serão pelo *quorum* de maioria simples ou relativa.[94]

Então vejamos:

• Lei Complementar	• Maioria absoluta (art. 69, da CF/1988)
• Lei Ordinária	• Maioria simples ou relativa (art. 47, da CF/1988)

Resta saber qual a diferença entre maioria absoluta e maioria simples. Nos dois casos, busca-se a maioria, só que, para o *quorum* de maioria absoluta, a maioria será dos componentes, do total de membros integrantes da Casa (sempre um número fixo), enquanto para a maioria simples a maioria será dos presentes à reunião ou sessão que, naquele dia de votação, compareceram.

Valendo-nos do direito tributário para melhor explicar, fazemos uma analogia: a "alíquota" (maioria) será sempre a mesma. O que muda é a "base de cálculo", ou seja: a) maioria absoluta: busca-se saber a maioria (alíquota) dos componentes (base de cálculo); b) maioria simples: busca-se saber a maioria (alíquota) dos presentes (base de cálculo).

E como achar a maioria, a "alíquota"? A maioria será sempre metade mais um para números pares e o primeiro número inteiro superior à metade para números ímpares.[95] Vejamos alguns exemplos:

---

[94] A doutrina prefere a utilização da nomenclatura maioria simples a maioria relativa.

[95] Precisa a explicação do Ministro Luiz Gallotti, ao relatar acórdão proferido pelo Plenário do STF em 1969: "EMENTA: (...) Maioria Absoluta. Sua definição, como significando metade mais um, serve perfeitamente quando o total é número par. Fora daí, temos que recorrer à verdadeira definição, a qual, como advertem Scialoja e outros, deve ser esta, que serve, seja par ou ímpar o total: maioria absoluta é o número imediatamente superior à metade. Assim, maioria absoluta de quinze são oito, do mesmo modo que, de onze (número de Juízes

• 100 → 51 (100 ÷ 2 = 50 → 50 + 1 = 51);

• 51 → 26 (51 ÷ 2 = 25,5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 26);

• 50 → 26 (também 26, pois: 50 ÷ 2 = 25 → 25 + 1 = 26);

• 81 → 41 (81 ÷ 2 = 40,5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 41

Obs.: 81 é o número de Senadores da República);[96]

• 513 → 257 (513 ÷ 2 = 256,5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 257

Obs.: 513 é o número de Deputados Federais, de acordo com o art. 1º, da LC nº 78/1993).

Para finalizar devemos lembrar uma pequena regra prevista no art. 47, da CF/1988, que diz: "salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros". Trata-se do *quorum* para a aprovação, da Lei Ordinária, qual seja, o da maioria simples. No entanto, deverá estar presente na sessão de votação, pelo menos, a maioria absoluta dos membros. Trata-se do *quorum* de instalação da sessão de votação. Presente o *quorum* de instalação da sessão (que é de maioria absoluta), aí sim poder-se-á realizar a votação, que se dará pelo *quorum* da maioria simples, vale dizer, dos presentes àquela sessão.

Exemplificando: imaginem que em determinada Casa existam 100 Deputados (número dos componentes). Deve-se votar um projeto de Lei Ordinária, cujo *quorum* é o da maioria simples. Assim, para iniciar a votação, de acordo com o art. 47, da CF/1988, deve estar presente, pelo menos, a maioria absoluta dos membros (*quorum* de instalação da sessão). A votação só começa se estiverem presentes, no exemplo criado, 51 Deputados. Imaginem que naquele dia compareceram 60. Podemos iniciar a votação? Sim, já que presente a maioria absoluta dos membros (pelo menos 51). Qual será o *quorum* de aprovação se comparecerem 60 àquela sessão? Ter-se-á aprovação se pelo menos 31 disserem sim.

Então, podemos afirmar que o *quorum* de votação (ou, melhor dizendo, de instalação da sessão de votação) é o mesmo tanto para a Lei Ordinária como para a Lei Complementar. A grande diferença (além do aspecto material já estudado), analisando o aspecto formal, reside no *quorum* de aprovação: a) Lei Ordinária – maioria simples (no exemplo 31); b) Lei Complementar – maioria absoluta (no exemplo 51). Vejamos o quadro analisando um parlamento hipotético com 100 componentes, para aprovação de Lei Ordinária e complementar, sendo que naquele dia compareceram 60 pessoas:

LEI ORDINÁRIA	LEI COMPLEMENTAR

do Supremo Tribunal), são seis, e sobre isso não se questiona nem se duvida aqui..." (RE 68.419/MA, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ de 1970, RF 235/72, Tribunal Plenário).

[96] Conforme estabelece o art. 46, § 1º, da CF/1988, cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores. Como existem 26 Estados-Membros e o Distrito Federal, então (26 + 1) × 3 = 81.

• *Quorum* de instalação da sessão de votação – pelo menos 51 (maioria absoluta). Como vieram, na hipótese, 60, podemos começar a votar • *Quorum* de aprovação – 31 (maioria simples). Maioria dos presentes (60)	• *Quorum* de instalação da sessão de votação – pelo menos 51 (maioria absoluta). Como vieram, na hipótese, 60, podemos começar a votar • *Quorum* de aprovação – 51 (maioria absoluta). Maioria dos componentes (100)

Conforme observou José Afonso da Silva, "a maioria simples pressupõe deliberação única, a prática de um ato simples de homologação, de aprovação, de referendo, de escolha, de sorte que valem os votos positivos ou negativos, não se levando em consideração os votos brancos e as abstenções, nem os votos nulos".[97]

9.14.2.3 Existe hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária?

Não.

Essa matéria é muito discutida na doutrina, e há opiniões contrárias e fortes argumentos nos dois sentidos.[98] Valendo-nos de interessante compilação realizada por Alexandre de Moraes[99] concernente aos juristas que entendem haver hierarquia, da Lei Complementar sobre a Lei Ordinária (e o próprio autor se enquadra nesse grupo), podemos citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Haroldo Valadão, Pontes de Miranda, Wilson Accioli, Nelson Sampaio, Geraldo Ataliba, dentre outros. A Lei Complementar apresenta-se como um *tertium genus*, localizada entre a Constituição e a Lei Ordinária. A hierarquia se dá em decorrência do *quorum* mais qualificado e das hipóteses taxativas de previsão, da Lei Complementar.

Por outro lado, o autor lembra nomes como os de Celso Bastos, Michel Temer, aos quais acrescentamos Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior, Leda Pereira Mota, Celso Spitzcovsky, dentre outros, no sentido de inexistir hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, na medida em que ambas encontram o seu fundamento de validade na Constituição, existindo, como observou Temer, "âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas".[100]

Posicionamo-nos também pela inexistência de hierarquia entre as duas espécies normativas, pois admitir isso seria o mesmo que entender que uma Lei municipal é hierarquicamente inferior a uma Lei Federal. Têm-se, na verdade, âmbitos diferenciados de atuação, atribuições diversas, de acordo com as regras definidas na Constituição.

---

[97] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.* Nesse particular agradeço ao Professor Jorge Hélio Chaves de Oliveira, de Fortaleza, pela sugestão em fazer essa importante ressalva.

[98] Cf. BACHA, Sergio Reginaldo: *Constituição Federal.*

[99] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[100] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

Nessa linha da inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, a EC nº 45/2004, modificando a competência do STF e do STJ, estabeleceu, como nova hipótese de cabimento de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida "julgar válida Lei local contestada em face de Lei Federal". No fundo, percebe-se, também aqui, que o problema é de competência constitucional, e não de hierarquia de normas.

A tendência da jurisprudência do STF era nesse sentido (inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária), destacando-se vários precedentes: RE 457.884-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006; RE 419.629, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006; AI 637.299-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, DJ de 2007. Cf., também, Inf. 459/STF.

Finalmente, o STF se posicionou no sentido da inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, o que estudaremos no item 19.2.5.1, remetendo o nosso ilustre leitor para o aprofundamento (cf. RE 419.629, 377.457 e 381.964).

9.14.2.4 É possível a ampliação das hipóteses de reserva de Lei Complementar no âmbito dos demais entes federativos para além daquelas previstas expressamente na CF/1988 e de reprodução obrigatória?

Não.

A pergunta que lançamos neste item poderia ter sido formulada da seguinte maneira: é possível a exigência de Lei Complementar em matérias que a Constituição Federal não prescreveu? Ou, ainda: o poder constituinte derivado decorrente estadual poderia inovar além das hipóteses previstas na CF/1988 em relação à exigência de Lei Complementar para regulamentar a Constituição?

Conforme estabeleceu o pleno do STF, "a criação de reserva de Lei Complementar, com o fito de mitigar a influência das maiorias parlamentares circunstanciais no processo legislativo referente a determinadas matérias, decorre de juízo de ponderação específico realizado pelo texto constitucional, fruto do sopesamento entre o princípio democrático, de um lado, e a previsibilidade e confiabilidade necessárias à adequada normatização de questões de especial relevância econômica, social ou política, de outro".

Conforme vimos, "a aprovação de leis complementares depende de mobilização parlamentar mais intensa para a criação de maiorias consolidadas no âmbito do Poder Legislativo, bem como do dispêndio de capital político e institucional que propicie tal articulação, processo esse que nem sempre será factível ou mesmo desejável para a atividade legislativa ordinária, diante da realidade que marca a sociedade brasileira – plural e dinâmica

por excelência – e da necessidade de tutela das minorias, que nem sempre contam com representação política expressiva".

Apesar da inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária (STF, RE 509.300 AgR-EDv), conforme já explicamos, deve ser reconhecido o inegável processo legislativo qualificado, da Lei Complementar, qual seja, previsão expressa e formal de suas hipóteses na Constituição Federal (ADI 789) e necessidade de maioria absoluta para sua aprovação (art. 69, da CF/1988).

Sendo assim, "a ampliação da reserva de Lei Complementar, para além daquelas hipóteses demandadas no texto constitucional, portanto, restringe indevidamente o arranjo democrático-representativo desenhado pela Constituição Federal, ao permitir que Legislador estadual crie, por meio do exercício do seu poder constituinte decorrente, óbices procedimentais – como é o *quorum* qualificado – para a discussão de matérias estranhas ao seu interesse ou cujo processo legislativo, pelo seu objeto, deva ser mais célere ou responsivo aos ânimos populares" (ADI 5.003, j. 2019, Plenário, DJE de 2019. Nesse sentido da violação ao princípio da simetria ao se ampliarem as hipóteses de Lei Complementar, cf. ADI 2.872, Plenário, 2011).[101]

9.14.3 Lei delegada

A Lei delegada caracteriza-se como exceção ao princípio da indelegabilidade de atribuições, na medida em que a sua elaboração é antecedida de delegação de atribuição do Poder Legislativo ao Executivo, através da chamada delegação *externa corporis*.

Vimos que o Legislativo pode delegar o poder de elaborar as regras tanto internamente, ou seja, para as Comissões temáticas, nos termos regimentais e se não houver recurso para o pleno (art. 58, § 2º, I, da CF/1988), e essa é a denominada delegação *interna corporis*, como também externamente, para outro Poder, e essa será a delegação *externa corporis*, tendo-se como bom exemplo a Lei delegada.

A espécie normativa em análise será elaborada pelo Presidente da República, após prévia solicitação ao Congresso Nacional, delimitando o assunto sobre o qual pretende legislar. Trata-se da primeira fase do processo legislativo de elaboração, da Lei delegada, denominada iniciativa solicitadora.

---

[101] No caso concreto, o STF considerou inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina que demandavam "edição de Lei complementar para o tratamento a) do regime jurídico único dos servidores estaduais e diretrizes para a elaboração de planos de carreira; b) da organização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e do regime jurídico de seus servidores; c) da organização do sistema estadual de educação; e d) do plebiscito e do referendo – matérias para as quais a Constituição Federal não demandou tal espécie normativa".

A solicitação será submetida à apreciação do Congresso Nacional, que, no caso de aprovação, tomará a forma de resolução (art. 68, § 2º, da CF/1988), especificando o conteúdo da delegação e os termos de seu exercício.

Lembramos que determinadas matérias não poderão ser delegadas (princípio da indelegabilidade de atribuições). A Constituição, em seu art. 68, § 1º, da CF/1988, veda a delegação:

• de atos da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, da CF/1988);

• dos atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 51 e art. 52, da CF/1988);

• das matérias reservadas à Lei Complementar (ver quadro comparativo no final deste capítulo);

• de legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Havendo exorbitância nos limites da delegação legislativa (ou seja, caso o Presidente da República elabore a Lei delegada além do limite fixado na resolução congressual), caberá ao Congresso Nacional sustar o aludido ato normativo, por meio de Decreto Legislativo, realizando, desta feita, controle repressivo de constitucionalidade (art. 49, V, da CF/1988). Em nosso entender, essa sustação opera efeito *ex nunc*, ou seja, a partir de então, especialmente em razão da natureza jurídica normativa do Decreto Legislativo a ser editado pelo CN.[102]

Por meio da resolução, que especificará o conteúdo e os termos de seu exercício, o Congresso Nacional determinará se haverá ou não a apreciação do projeto de Lei delegada (elaborada pelo presidente da República) pelo Congresso Nacional. Havendo apreciação, o Congresso Nacional a fará em votação única, sendo vedada qualquer emenda (art. 68, § 3º, da CF/1988).

Podemos, então, reconhecer tanto a delegação típica como a delegação atípica:

• delegação típica: não haverá apreciação pelo Congresso Nacional. Este autoriza a delegação ao Presidente da República, que irá elaborar, promulgar e fazer publicar a Lei delegada;

• delegação atípica: nessa hipótese, haverá apreciação pelo Congresso Nacional, em votação única e vedada qualquer emenda. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nesse caso, temos uma "inversão do processo de elaboração de leis ordinárias", chegando a afirmar que o Congresso Nacional "sancionará" o projeto elaborado pelo Chefe do Executivo.[103]

---

[102] Cf. ADI 748-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1992, Plenário, DJ de 1992. O efeito de eventual controle judicial de constitucionalidade por meio de ADI, por outro lado, produziria, por regra, efeito *ex tunc*, em razão da declaração de nulidade do ato normativo, qual seja, a Lei delegada.

[103] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Do processo legislativo*.

Concordamos com esta observação já que, na delegação atípica, o Presidente é quem elaborará o ato normativo, cabendo ao Congresso Nacional, em análise posterior, aceitá-lo (e, nesse caso, seria a aquiescência política, aproximando-se da ideia de "sanção") ou rejeitá-lo (o que corresponderia ao "veto"), mas, claro, com todas as particularidades da tramitação do projeto de Lei delegada.

Nos dois casos (havendo ou não apreciação do projeto pelo Congresso), entendemos dispensáveis a sanção e o veto presidenciais, pois seria ilógico o veto de projeto elaborado pelo próprio Presidente se não vai haver eventual alteração na redação original, já que é "vedada qualquer emenda".

Elaborada a Lei delegada (aprovada, quando solicitada na resolução a apreciação parlamentar – art. 68, § 3º, da CF/1988), o Presidente da República a promulgará, determinando a sua publicação no órgão oficial.

Importante ressaltar que, mediante resolução, transfere-se apenas, e temporariamente, competência para legislar sobre determinadas matérias, permanecendo a titularidade da aludida competência com o Legislativo, que poderá, mesmo tendo havido delegação ao Presidente, legislar sobre a mesma matéria.

Entendemos, também, que, muito embora tenha havido delegação legislativa pelo CN ao Presidente da República, este não estará obrigado a efetivar a elaboração do referido ato normativo, tendo total discricionariedade.

Por fim, constata-se a pouca utilização do instituto, da Lei delegada pelo Presidente da República,[104] tendo em vista tanto o seu poder de iniciativa como, principalmente em termos de "agilidade" e efetividade normativa, a previsão da medida provisória. É o nosso próximo item de estudo.

9.14.4 Medida provisória

9.14.4.1 Aspectos iniciais

A medida provisória, prevista no art. 62, da CF/1988, substituiu o antigo decreto-lei[105] (art. 74, "b", c/c os art. 12 e art. 13 da CF/1937, art. 49, V, e art. 58 da CF/1967 e art. 46, V, e art. 55 da CF/1967, na redação dada pela EC nº 1/1969), recebendo forte influência dos *decreti legge* da Constituição italiana, de 1947, cujo art. 77, da Constituição italiana de 1947, permite a sua adoção "em casos extraordinários de necessidade e urgência".

---

[104] Para se ter ideia, na vigência, da CF/1988 foram elaboradas apenas duas leis delegadas, quais sejam, as de nº 12/1992 e 13/1992.

[105] O art. 25, § 2º, do ADCT estabelece: "Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único, da CF/1988".

No entanto, o modelo italiano é bem diverso do brasileiro, já que na Itália o sistema de governo é o parlamentar, e o art. 77 da citada Constituição italiana de 1947 estabelece que o "Governo" (Gabinete, por intermédio do Primeiro-Ministro) adotará o "provimento provisório com força de lei" sob sua responsabilidade política.

Eis a grande peculiaridade do sistema italiano, muito bem percebida por Temer, que indaga: o que acontece se a medida provisória não for aprovada pelo Parlamento italiano? "O Gabinete (Governo) cai", explica o professor, diferente da nossa Constituição, que "... não prevê a responsabilidade política do Presidente da República no caso de não aprovação da medida provisória".[106] Nesse sentido, inquestionável a sua melhor adequação ao sistema de governo parlamentar.[107]

A medida provisória é adotada pelo Presidente da República, por ato monocrático, unipessoal, sem a participação do Legislativo, chamado a discuti-la somente em momento posterior, quando já adotada pelo Executivo, com força de Lei e produzindo os seus efeitos jurídicos.[108]

Observa-se, nessa primeira abordagem, que a medida provisória foi estabelecida pela CF/1988 com a esperança de corrigir as distorções verificadas no regime militar, que abusava de sua função atípica legiferante por intermédio do decreto-lei.

A experiência brasileira mostrou, porém, a triste alteração do verdadeiro sentido de utilização das medidas provisórias, trazendo insegurança jurídica, verdadeira "ditadura do executivo", governando por inescrupulosas "penadas", em situações muitas das vezes pouco urgentes e nada relevantes.[109]

---

[106] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.* (grifamos).

[107] Pinto Ferreira, nesse sentido, com propriedade observa que "as medidas provisórias são mais específicas do regime parlamentarista, em que o gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo tal gabinete cair em face de desacordo com este. No regime presidencialista, o chefe do Executivo não está sujeito a censura que provoque a sua demissão, e assim a medida provisória é uma forma de concentração do poder no Executivo" (FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*. – grifamos). Nesse mesmo sentido, Bulos observa que "o tempo mostrou que a realidade italiana diverge da brasileira. Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar. Quando ocorrem crises legislativas, o modo de solucioná-las é dissolver a Câmara dos Deputados ou promover a queda do Gabinete. Nesse país, tais crises são desencadeadas pelo impasse entre o Executivo e o Legislativo, motivando rejeições, como aquela que provocou a derrocada de um dos gabinetes do Primeiro-Ministro Fanfani. Daí a medida provisória ajustar-se às Conveniências do Parlamentarismo, jamais ao sistema presidencial. Nos países de estrutura parlamentar, como a Alemanha, a França e a Itália, a espécie normativa participa de um contexto político-constitucional diverso do brasileiro" (BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*. – grifamos)

[108] Conforme recorda José Afonso da Silva, "as medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, da CF/1988, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final e a promulgação-publicação da Constituição de 1988" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

[109] Em rigorosa crítica, Márcia Maria Corrêa de Azevedo observa que "as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células sadias, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até nome de vírus – provvedimenti provvisori com forza di lege)" (AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de: *Prática do processo legislativo*).

Nesse sentido, cabe referir que, quando da aprovação, da EC nº 32/2001, que será comentada a seguir, no período entre 1988 e 2001, já havia sido editado e reeditado o assustador número de 6.130 medidas provisórias, chegando algumas delas a levar quase sete anos sem aprovação (por exemplo, a MP nº 2.096/1989, dispondo sobre os títulos da dívida pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, convertida na Lei nº 10.179/2001, tendo por media provisória originária a MP nº 470/1994, que tramitou por longos 2.493 dias).

Assim, até o advento, da EC nº 32/2001, constatava-se a total desvirtuação do instituto da medida provisória, admitindo-se, com o consentimento do STF e do próprio Congresso Nacional, a reedição das medidas provisórias, mantendo-se os efeitos de Lei a partir da primeira edição, desde que não houvesse expressa rejeição pelo Congresso Nacional e fosse dentro do seu antigo prazo de eficácia de 30 dias (SV 54/STF).[110] Tratava-se de entendimento totalmente contrário ao preceituado no art. 62, da CF/1988, por nós refutado na 2ª edição deste trabalho, acompanhando diversos doutrinadores de renome, porém indicado a ser observado nos concursos públicos em razão do posicionamento do STF.[111]

Nesse contexto é que, após a sua tramitação por mais de seis longos anos, em 2001, foi votada e aprovada, em segundo turno, a PEC nº 1-B/1995 (nº 472/1997, na Câmara dos Deputados), com parecer favorável, sob nº 729/2001, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (DSF de 2001), tendo sido promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 2001, a EC nº 32/2001, trazendo limites à edição das medidas provisórias e entrando em vigor na data de sua publicação.

9.14.4.2 O processo de criação das medidas provisórias de acordo com a EC nº 32/2001

Nos termos do art. 62, caput, da CF/1988, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Assim, a MP individualiza-se por nascer

---

[110] SV 54/STF: "A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC nº 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de 30 dias, mantidos os efeitos de Lei desde a primeira edição" (fruto de conversão da S. 651/STF).

[111] Roque Antonio Carrazza, com a perspicácia de sempre, entende inadmissível a reedição de medida provisória, em qualquer hipótese, havendo ou não expressa rejeição pelo Congresso Nacional. Isso porque, "... do contrário, estaríamos aceitando, em detrimento do princípio da tripartição das funções do Estado, que o Presidente da República, por meio da reiteração de medidas provisórias, pode, a seu critério, legislar, passando ao largo do Congresso Nacional. Depois, os próprios requisitos de urgência e relevância desapareceriam, na prática..." (CARRAZZA, Roque Antonio: *Curso de direito constitucional tributário*). Entendendo inadmissível a MP em qualquer hipótese, cf., ainda, MACHADO, Hugo de Brito: *Efeitos da medida provisória rejeitada* e CARVALHO, Paulo de Barros: *Curso de direito tributário.* Sobre o posicionamento do STF, admitindo a reedição da MP, desde que não haja expressa rejeição pelo CN (rejeição tácita), cf. ADI 1.250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ1, de 1995; ADI 293-7/600/DF, Plenário, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e ADI 295-3, Rel. Min. Carlos Velloso.

apenas pela manifestação exclusiva do Chefe do Executivo, que a publica no DOU. Vejamos, pois, com atenção, o processo de criação da MP, esquematizando a matéria de acordo com as novas regras fixadas na EC nº 32/2001:

• legitimado para a edição da MP: o Presidente da República (competência exclusiva, marcada por sua indelegabilidade, art. 84, XXVI, da CF/1988);[112]

• pressupostos constitucionais: relevância e urgência. Os requisitos conjugam-se;[113]

• prazo de duração da MP: pela nova regra, uma vez adotada a MP pelo Presidente da República, ela vigorará pelo prazo de 60 dias, prorrogável, de acordo com o art. 62, § 7º, da CF/1988, uma vez por igual período (novos 60 dias), contados de sua publicação no Diário Oficial. Nos termos do art. 62, § 4º, da CF/1988, contudo, referido prazo será suspenso durante os períodos de recesso parlamentar. Para exemplificar, imagine-se que determinada MP tenha sido publicada em 5 de julho de determinado ano. Nessa hipótese, ela produzirá efeitos até 17 de julho, já que, pela regra fixada pela EC nº 50/2006 – que modificou a redação do art. 57, caput, da CF/1988 – em 18 de julho, inaugura-se o primeiro recesso parlamentar (art. 57, caput, da CF/1988). Suspenso o prazo durante o aludido período de recesso (de 18 a 31 de julho), voltará ele a fluir após o término do recesso parlamentar, qual seja, no exemplo dado, em 1º de agosto, pelo prazo restante (já que se trata de suspensão e não de interrupção de prazo).

Significa um retrocesso, pois, de acordo com a regra anterior, antes do advento, da EC nº 32/2001, adotada a MP pelo Presidente da República e estando o Congresso Nacional em recesso, proceder-se-ia à sua convocação extraordinária no prazo de 5 dias. Segundo a nova regra, ao que se percebe, na redação dada ao art. 62, § 4º, da CF/1988, acrescentado, o referido prazo fica suspenso durante o período de recesso do Congresso Nacional. Em

---

[112] Desde que as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do DF e Municípios reproduzam todas as diretrizes básicas fixadas na CF/1988 sobre o processo legislativo das medidas provisórias (STF, Plenário, ADI 822-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1993), entendemos possível a edição de MPs pelos chefes dos Executivos estaduais, distrital e municipais. Cf. STF, Plenário, ADI 812- 9/TO, na qual o relator, Ministro Moreira Alves, reconhece a inexistência de "... proibição de os Estados-membros adotarem a figura da medida provisória...". Cf., ainda, de maneira expressa e consagrando o posicionamento pela possibilidade de adoção pelos Chefes do Executivo, desde que se respeitem as regras federais, pelo princípio da simetria, bem como a necessidade de expressa previsão nas Constituições estaduais e leis orgânicas, ADI 2.391/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, 2006 (Inf. 436/STF). Conforme Notícias STF 2006, "Ellen Gracie citou o voto do relator da ADI nº 425, ministro Maurício Corrêa (aposentado), ao afirmar que o art. 25, § 1º, da CF/1988 reservou aos Estados "as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição". Quis o constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhes seja vedado". Na doutrina, cf. CARRAZZA, Roque Antonio: *Curso de direito constitucional tributário.*

[113] Como observa Alexandre de Moraes, fundando-se em posicionamento da Corte Suprema, "... os requisitos de relevância e urgência, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais. Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inocorrência da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional" (MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional*). Cf.: STF, Plenário, ADI 162-MC/DF (DJU de 1997), ADI 1.753-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1998. Sobre o controle jurisdicional, cf. itens 6.7.1.2.5, 6.7.1.2.10 e 6.7.1.2.16.

contrapartida, amenizando a falta de previsão expressa de convocação extraordinária para o caso de adoção de MP, a EC nº 32/2001 estabeleceu que, em eventual convocação extraordinária, havendo medidas provisórias em vigor na data de sua convocação, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação (art. 57, § 8º, da CF/1988);

• prorrogação do prazo da MP por novos 60 dias: como visto, adotada a MP pelo Presidente da República, ela produzirá efeitos por 60 dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional. No entanto, findo esse prazo inicial, contado da data de sua publicação, e não tendo sido encerrada a votação nas duas Casas do Congresso Nacional, o prazo inicial de 60 dias será prorrogado por novos 60 dias, uma única vez, totalizando o prazo de 120 dias, quando então, se não for convertida em lei, a MP perderá a eficácia desde a sua edição;

• eficácia da MP: o art. 62, § 3º, da CF/1988 estabelece que as medidas provisórias, ressalvado o disposto o art. 62, § 11 e § 12, da CF/1988, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em Lei no prazo de 60 dias, prorrogável, nos termos do art. 62, § 7º, da CF/1988, uma vez por igual período (novos 60 dias), devendo o Congresso Nacional disciplinar, por Decreto Legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes; ou seja, não sendo a MP apreciada no referido prazo de 60 dias prorrogáveis por novos 60 dias, ela perderá a sua eficácia desde a sua edição, operando efeitos *ex tunc,* confirmando a sua efemeridade e precariedade;

• tramitação: adotada a MP pelo Presidente da República, será submetida, de imediato, ao Congresso Nacional, cabendo, de acordo com o art. 62, § 5º e § 9º, da CF/1988, a uma comissão mista de Deputados e Senadores examiná-la e sobre ela emitir parecer, apreciando os seus aspectos constitucionais (inclusive os pressupostos de relevância e urgência) e de mérito, bem como a sua adequação financeira e orçamentária e o cumprimento, pelo Presidente da República, da exigência contida no art. 2º, § 1º, da Res. nº 1/2002-CN, qual seja, no dia da publicação da MP no DOU ter enviado o seu texto ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato. Posteriormente, a MP, com o parecer da comissão mista, passará à apreciação pelo pleno de cada uma das Casas. O processo de votação, como visto e inovando, será em sessão separada, e não mais conjunta, tendo início na Câmara dos Deputados, sendo o Senado Federal a Casa revisora. O art. 8º da Res. nº 1/2002-CN, substituindo as regras contidas na Res. nº 1/1989-CN,[114] estabeleceu que o pleno de cada uma das Casas decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, bem como a sua adequação financeira e orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar

[114] De acordo com o art. 20 da Res. nº 1/2002-CN, às MPs em vigor na data da publicação da EC nº 32/2001, aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Res. nº 1/1989-CN.

sobre o mérito. Isso porque, se o pleno da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária da medida provisória, esta será arquivada;

• regime de urgência constitucional: o art. 62, § 6º, da CF/1988, dispõe que, se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. É de observar que o então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, anunciou uma nova interpretação, orientando que a pauta não ficaria travada em relação a matérias que não podem, em tese, ser objeto de MP. Contra esse entendimento, em 2009, foi impetrado o MS 27.931, tendo sido negada a liminar. Depois de mais de 8 anos, em 2017, a Corte confirmou que não haverá travamento de pauta em relação à tramitação de PEC, dos projetos de LC, de Decreto Legislativo, de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de Lei Ordinária, daqueles que veiculem temas pré-excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias (art. 62, § 1º, I, II e IV, da CF/1988);

• reedição de medida provisória: inovando, o art. 62, § 10, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 32/2001, estabelece ser vedada a reedição de medida provisória, na mesma sessão legislativa, expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, ou que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo, ou seja, não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias, prorrogável por novos 60 dias, contados de sua publicação (ADI 5.709, j. 2019, pendente o julgamento dos embargos de declaração e *leading case* estabelecido pela ADI 293, j. 1990). Pela redação dada ao referido dispositivo legal, contudo, na sessão legislativa seguinte, permitir-se-á a reedição da aludida medida provisória, subsistindo a criticada técnica de reedição das medidas provisórias, que, infelizmente, agora conta até com permissivo constitucional expresso.

9.14.4.3 Parecer prévio pela comissão mista e a inconstitucionalidade dos art. 5º, caput, e art. 6º, caput, § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN

Conforme já estudamos nos itens 6.6.5.3 e 6.7.1.6.2, a Res. nº 1/2002-CN, integrante do Regimento Comum, dispôs sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República, com força de lei, nos termos do art. 62, da CF/1988. Os art. 5º, caput, e art. 6º, caput, § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN, permitiam que o parecer da comissão mista fosse emitido por relator ou relator revisor designado.

Esse procedimento vinha sendo adotado na apreciação de várias medidas provisórias, até como um mecanismo de funcionalidade do procedimento. O STF, contudo, declarou-o

inconstitucional, nulificando referidos Os art. 5º, caput, e art. 6º, caput, § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN.

Isso porque o art. 62, § 9º, da CF/1988, que deve ser interpretado restritivamente, prescreve ser atribuição da comissão mista de Deputados e Senadores (e não de relator designado) examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, de caráter opinativo, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo pleno de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Dessa forma, o procedimento estabelecido na Res. nº 1/2002-CN, que permite a emissão de parecer por meio de relator nomeado, e não pela comissão mista, é inconstitucional.

Apesar de referido parecer ser opinativo, isso não quer dizer que possa o Parlamento violar a regra contida no art. 62, § 9º, da CF/1988. Se eventualmente não houver apreciação pela comissão mista, significa que a MP foi rejeitada por não apreciação, perdendo a sua eficácia desde a sua edição (art. 62, § 3º, da CF/1988).

Consoante ficou assentado na ementa do acórdão, "as comissões mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de medidas provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo pleno seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. O art. 6º, da Res. 1/2002-CN, que permite a emissão do parecer por meio de relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao pleno da Câmara dos Deputados, é inconstitucional" (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2012, Plenário, DJE de 2012).

Surgia, então, a dúvida. Se o procedimento contido na Res. 1/2002-CN, que permitia a emissão de parecer por relator designado, foi declarado inconstitucional, o que fazer em relação a todas as medidas provisórias que foram convertidas em Lei sem a emissão de parecer pela comissão mista, nos termos do art. 62, § 9º, da CF/1988?

Em tese, seriam todas inconstitucionais. Para evitar essa situação de insegurança jurídica e diante do excepcional interesse social, a Corte determinou a aplicação do art. 27, da Lei nº 9.868/1999 (modulação dos efeitos da decisão), declarando a inconstitucionalidade do procedimento fixado na Res. nº 1/2002-CN, a partir da decisão proferida na ADI 4.029 – efeito *ex nunc* (j. 2012).

Dessa forma, o modelo de apreciação da medida provisória fixado na resolução do Congresso Nacional foi declarado "ainda constitucional" até o julgamento da referida ADI 4.029 e, a partir de então, o STF declarou inconstitucional qualquer inobservância ao art. 62, § 9º, da CF/1988, ficando, por consequência, preservadas a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em Lei até aquela data, bem como daquelas que estavam

tramitando no Legislativo nos termos do procedimento fixado nos art. 5º, caput, e art. 6º, caput, § 1º e § 2º, da Res. nº 1/2002-CN.

9.14.4.4 Medidas a serem adotadas pelo Congresso Nacional

Tentando aclarar ainda mais a sistemática trazida pela EC nº 32/2001, podemos fixar que, adotada a MP pelo Presidente da República, o Congresso Nacional poderá tomar as seguintes medidas:

- aprovação sem alteração;
- aprovação com alteração;
- não apreciação (rejeição tácita);
- rejeição expressa.

9.14.4.4.1 Aprovação sem alteração

De acordo com o art. 12 da Res. nº 1/2002-CN, diferentemente do que dispunha a regra anterior, "aprovada a medida provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, no Diário Oficial da União". Cabe lembrar que, nos termos do art. 57, § 5º, da CF/1988, a Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal. Assim, conclui-se que o Presidente do Senado Federal, que exerce a função de Presidente da Mesa do Congresso Nacional, será o responsável pela promulgação do texto.

9.14.4.4.2 Aprovação com alteração

Disciplinando a regra anterior, a Res. nº 1/1989-CN, alterada pela Res. nº 2/1989-CN, regulamentando a matéria, previu a possibilidade de apresentação de emendas ao texto da medida provisória, originalmente expedida pelo Presidente da República.

Essa regra foi mantida na Res. nº 1/2002-CN. Dentro da nova sistemática, havendo emendas (matérias correlatas ao conteúdo da medida provisória), o projeto de Lei de conversão apreciado por uma das casas deverá ser apreciado pela outra (tendo em vista a votação agora em sessão separada pelo pleno de cada uma das Casas), devendo ser, posteriormente, nos termos das regras para o processo legislativo comum, levado à apreciação do Presidente da República para sancionar ou vetar o projeto de Lei de conversão, e, em caso de sanção ou derrubada do veto, promulgação e publicação pelo próprio Presidente da República.

No tocante à matéria alterada (diferente do texto original da medida provisória), os efeitos decorrentes desse ponto específico deverão ser regulamentados por Decreto

Legislativo, perdendo a medida provisória, no ponto em que foi alterada, a eficácia desde a sua edição, como previsto no art. 62, § 3º, da CF/1988.

O art. 62, § 12, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 32/2001, estabelece que, aprovado o projeto de Lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta continuará integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. Trata-se de verdadeira aberração jurídica, já que, se houve projeto de Lei de conversão alterando o texto original da emenda, a manutenção desse texto até que o projeto seja sancionado ou vetado (pelo Chefe do Executivo) conserva em vigor dispositivo com força de Lei (a medida provisória) contrário à manifestação do Parlamento, que, expressamente, o refutou. Assim, entre o período que medeia o projeto de Lei de conversão e a sua sanção ou veto pelo Presidente da República, estaremos diante de ato com força normativa já execrado pelo Legislativo. Sobre a não edição do Decreto Legislativo vide item seguinte.

Essa possibilidade de aprovar a medida provisória com alteração, apesar da proibição contida no art. 4º, § 4º, da Res. nº 1/2002, não impediu uma prática que se tornou, infelizmente, corriqueira, qual seja, a impertinente inserção de conteúdo estranho ao texto original no projeto de Lei de conversão.

Essas emendas parlamentares sem pertinência temática e estranhas à medida provisória foram chamadas de "jabuti" ou "contrabando legislativo".[115]

No julgamento da ADI 5.127, a Suprema Corte entendeu violar "a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (art. 1º, caput, parágrafo único, at. 2º, caput, art. 5º, caput, LIV, da CF/1988), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória".

Contudo, em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e art. 5º, XXXVI, da CF/1988), foram mantidas hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática e promulgadas até a data do referido julgamento, reconhecendo a Corte a modulação dos efeitos da decisão (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 2015, DJE de 2016).

9.14.4.4.3 Não apreciação (rejeição tácita)

A não apreciação da medida provisória no prazo de 60 dias contados de sua publicação implicará a sua prorrogação por mais 60 dias, como visto. Desse modo, após o período de 120 dias, não havendo apreciação pelo Congresso Nacional, a medida provisória perderá a eficácia desde a sua edição (rejeição tácita), operando efeitos retroativos, *ex tunc*, devendo o

---

[115] MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto: *Controle de constitucionalidade no projeto de Lei de conversão de medida provisória em face dos "contrabandos legislativos"*.

Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes por Decreto Legislativo (art. 62, § 3º, § 4º e § 7º, da CF/1988).

Conforme já se observava na redação anterior, ao contrário do que acontecia com o extinto decreto-lei, a EC nº 32/2001 não mais permite a aprovação por decurso de prazo. De fato, é o que se percebe pela nova redação dada ao citado art. 62, § 3º, da CF/1988, ou seja, a não deliberação no prazo legal acarreta a rejeição da medida provisória, que perde a eficácia desde a sua edição.

No entanto, de maneira totalmente contrária aos interesses da sociedade, resgatando as mazelas do extinto decreto-lei, o art. 62, § 11, da CF/1988, na nova redação, estabelece que se não for editado o Decreto Legislativo para regulamentar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória que perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação, até 60 dias após a sua perda de eficácia,[116] "as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas"; ou seja, não sendo editado o Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, valerão as regras da medida provisória para regulamentar as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante o período em que a MP produzia efeitos. Ora, se a perda dos efeitos é *ex tunc*, como afirmar que as relações jurídicas conservar-se-ão regidas pela extinta MP? *Data maxima venia,* trata-se de verdadeiro resgate do autoritário decreto-lei, que permitia a sua aprovação por decurso de prazo. Aqui se diz que a não apreciação (decurso de prazo) implica a perda da eficácia *ex tunc*. Mas, inexistindo o Decreto Legislativo, as relações serão regidas pela extinta medida provisória. Com o devido respeito, muito embora tenhamos a missão de dizer o que o examinador dos concursos possa perguntar em uma primeira fase, não deixamos de declarar a nossa repulsa por essa nova sistemática, totalmente inconstitucional e arbitrária. De acordo com a justificação do Projeto de Res. nº 5 – CN (DCN, 2001), por outro lado, o objeto dessa regra é "evitar vácuo jurídico [...] evidenciado na prática recente".

Apenas para sistematizar algo que já foi dito, indaga-se: é permitida a reedição de medida provisória que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo, ou seja, não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias prorrogáveis por outros 60 dias?

O art. 62, § 10, da CF/1988, estabelece ser vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Então, pela nova regra, a reedição da aludida MP não será permitida na mesma sessão legislativa, isto é, de acordo com o art. 57, caput, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 50/2006, no período durante o qual o Congresso Nacional, anualmente,

[116] O que se pode entender da redação é que os 60 dias contam-se após a rejeição expressa, ou perda da eficácia da MP. Neste último caso, como a MP só perde a eficácia após 120 dias (60 dias prorrogáveis por mais 60 dias), a referida regra só valerá após 180 dias (120 dias para perda da eficácia somados aos novos 60 dias). No primeiro caso, o prazo de 60 dias conta-se da rejeição expressa, durante o prazo de 120 dias.

reúne-se em Brasília e que vai de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. Na sessão legislativa seguinte, abre-se a possibilidade de reedição da MP.

9.14.4.4.4 Rejeição expressa

O Congresso Nacional também poderá expressamente deixar de converter a medida provisória em lei, devendo disciplinar os efeitos dela decorrentes por meio de Decreto Legislativo.

Reforçando a crítica por nós já manifestada, o novo art. 62, § 11, da CF/1988, diz que se não for editado o Decreto Legislativo até 60 dias da rejeição da medida provisória, a qual, como referido, perde a eficácia desde a sua edição, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela (pela medida provisória rejeitada) regidas.

Retomando os argumentos expendidos no item anterior, trata-se de regra até mais abrangente que o execrado e ditatorial DLda Constituição anterior, que permitia a aprovação por decurso de prazo. Se o Congresso Nacional rejeitou a MP, expressamente, como admitir que, inexistindo o Decreto Legislativo, as regras fixadas pela MP continuem a disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes? Não se pode aceitar essa situação.

Outra pergunta que se faz: a reedição de MP expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional é permitida? Como visto no item anterior, o art. 62, § 10, da CF/1988, estabelece ser vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Logo, a *contrario sensu*, pela literalidade, da EC nº 32/2001, na sessão legislativa seguinte seria permitida a reedição da MP, mesmo se expressamente rejeitada na sessão legislativa anterior. Em nosso entender, essa interpretação não seria a melhor. Restará ao STF declarar inconstitucional esse "Frankenstein jurídico", conforme era o entendimento na sistemática anterior, na medida em que o Pretório Excelso, antes do advento, da EC nº 32/2001, vedava a reedição de MP quando houvesse expressa rejeição pelo Congresso Nacional (cf. ADI 1.250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ1, de 1995; ADI 293-7/19600/DF, Plenário, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 295-3, Rel. Min. Carlos Velloso). Os precedentes já apreciados pela Corte em relação à nova regra tratam apenas de casos de reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa, que, conforme vimos, está expressamente vedada pelo art. 62, § 10, da CF/1988 (ADI 6.062, j. 2019, DJE de 2019, resgatando as ADIs 5.709, 5.716, 5.717 e 5.727 e o *leading case* estabelecido na ADI 293, j. 1990).

9.14.4.5 Impacto da medida provisória sobre o ordenamento jurídico

Publicada a medida provisória e tendo ela força de lei, as demais normas do ordenamento, que com ela sejam incompatíveis, terão a sua eficácia suspensa. Rejeitada a medida provisória, a Lei que teve a sua eficácia suspensa volta a produzir efeitos (lembrando que não foi revogada pela medida provisória). Aprovada e convertida em lei, a nova Lei (fruto da conversão) revogará a Lei anterior, se com ela incompatível, ou se tratar inteiramente de matéria de que tratava a Lei anterior.[117]

Novamente, em razão do objetivo deste trabalho, que é ajudar os ilustres candidatos a vencer as dificuldades dos concursos públicos, lembramos a criticada redação dada ao art. 62, § 11, da CF/1988, que traz uma exceção aos casos que tenham sido atingidos pela medida provisória. Embora a rejeição da MP, como visto, implique o restabelecimento da norma anterior, tendo em conta a sua desConstituição com efeitos retroativos, desde que não tenha sido "... editado o Decreto Legislativo a que se refere o art. 62, § 3º, da CF/1988, até 60 dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas". Mais uma vez expressamos o nosso repúdio a essa regra, alertando os candidatos a concursos públicos da sua existência.

9.14.4.6 Pode o presidente da república retirar da apreciação do congresso nacional medida provisória já editada?

A partir do momento que o Presidente da República edita a MP, ele não mais tem controle sobre ela, já que, de imediato, deverá submetê-la à análise do Congresso Nacional, não podendo retirá-la de sua apreciação.

Por outro lado, conquanto contrariando a nossa posição, devemos alertar para a "... orientação assentada no STF no sentido de que, não sendo dado ao Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória que tiver editado, é-lhe, no entanto, possível ab-rogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver

---

[117] Como disse Michel Temer, "a edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia, da Lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, se opera a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a Lei antes editada" (TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional*).

restabelecidos, mediante a rejeição da medida ab-rogatória...” (ADI 1.315-MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 1995, Plenário).

9.14.4.7 Limitação material à edição de medidas provisórias, de acordo com a EC nº 32/2001

A EC nº 32/2001 trouxe algumas novidades em relação aos limites materiais de edição das medidas provisórias, notadamente na redação dada ao art. 62, § 1º e § 2º, da CF/1988.

Assim, é expressamente vedada a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas:

• à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

• a direito penal, processual penal e processual civil;

• à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros;

• a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, da CF/1988.[118]

MP pode ser editada para a abertura de crédito extraordinário?

A regra é que a MP não pode tratar de matéria orçamentária. Contudo, como se verifica na parte final do art. 62, § 1º, I, “d”, da CF/1988, ressalva-se a utilização de MP para a abertura de crédito extraordinário, mas desde que se observe o art. 167, § 3º, da CF/1988.

Trata-se daquilo que vem sendo chamado pela jurisprudência do STF de limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de MP para a abertura de crédito extraordinário.

Portanto, de acordo com o art. 167, § 3º, da CF/1988, a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62, da CF/1988.

Interessante deixarmos a informação de que a situação específica em análise dos créditos extraordinários a que se refere o art. 167, § 3º, da CF/1988, foi destacada como uma das hipóteses que não se enquadram dentro do limite de gastos fixados pelo Novo Regime Fiscal introduzido pela EC nº 95/2016.

É possível o controle jurisdicional de medida provisória que abre crédito extraordinário?

---

[118] A título de exemplo, a primeira medida provisória editada após o advento das novas regras trazidas pela EC nº 32/2001, foi a MP nº 1/2001, abrindo crédito extraordinário em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R$ 154.000.000,00, nos termos do art. 167, § 3º, da CF/1988, citado. Como se percebe, as medidas provisórias após a EC nº 32/2001 vêm recebendo um novo número, iniciando-se pela acima referida, de nº 1, em ordem crescente, para se diferenciarem das MPs em tramitação e produzidas antes da novel emenda.

Conforme já estudado,[119] revisando o conceito de Lei de efeito concreto (ADI 4.048 e 4.049), o STF tem admitido o controle dos requisitos de imprevisibilidade e urgência para a edição de MP que abre crédito extraordinário.

Isso porque o art. 167, § 3º, da CF/1988, ao dispor que a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, não obstante estabeleça um rol exemplificativo do que venha a ser "despesas imprevisíveis e urgentes", há uma indiscutível densificação normativa dos referidos requisitos, podendo, então, o STF realizar o controle:

"EMENTA: Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62, da CF/1988), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º, da CF/1988) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º, c/c o art. 62, § 1º, I, "d", da CF/1988..." (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2008, DJE de 2008. No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2008, Inf. 527/STF) (matéria pendente de julgamento no STF).[120]

Outras vedações

A regra trazida na EC nº 32/2001 veda ainda, expressamente, a edição de medida provisória:

• que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;[121]

• reservada à Lei Complementar (lembrem que o aspecto material, da Lei Complementar foi taxativo e expressamente previsto na Constituição Federal e, no tocante ao aspecto formal, o *quorum* de maioria absoluta);

• já disciplinada em projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

No tocante à matéria tributária, a EC nº 32/2001 estabelece a seguinte regra (art. 62, § 2º, da CF/1988):

• medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos art. 153, I, II, IV, V, e art. 154, II, da CF/1988, só produzirá efeitos no exercício

---

[119] Cf. itens 6.7.1.2.5, 6.7.1.2.10 e 6.7.1.2.16.

[120] Em dois julgamentos (ADI 4.048 e ADI 4.049), houve entendimento no sentido da prejudicialidade das ações por perda superveniente do objeto. Isso porque, nos termos do art. 167, § 2º, da CF/1988, os créditos extraordinários abertos ou já tinham sido utilizados ou perderam a sua vigência. De todo modo, podemos afirmar a mudança da orientação da Corte de acordo com os julgamentos proferidos nas cautelares, no sentido de se permitir o controle judicial dos requisitos das medidas provisórias que abrem crédito extraordinário.

[121] Apenas para se ter um exemplo em nosso passado, lembramos a MP nº 168/1990 (Plano Collor)

financeiro seguinte se houver sido convertida em Lei até o último dia daquele em que foi editada.

Essa nova redação, apesar de contrariar renomada parte da doutrina,[122] não altera o posicionamento do STF, que entende ser perfeitamente possível a regulamentação de matéria tributária através de medida provisória, exceto nas hipóteses em que a Constituição exige Lei Complementar, por exemplo, o art. 146, da CF/1988, devendo, contudo, ser observado o princípio da anterioridade tributária[123] (art. 150, III, "b", da CF/1988) e, nas hipóteses cabíveis, o princípio da carência, fixado no art. 150, III, "c", da CF/1988 pela EC nº 42/2003.

Em relação a este princípio, todavia, a EC nº 32/2001 trouxe uma novidade. O STF posicionava-se no sentido de tomar por base a data da primeira edição da medida provisória, a fim de ver preenchido o requisito do art. 150, III, "b", da CF/1988, ou do art. 195, § 6º, da CF/1988, tendo em vista que havia entendimento no sentido de que a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia (até o advento da referida EC nº 32/2001) ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de 30 dias, mantidos os efeitos de Lei desde a primeira edição (cf. SV 54/2016 e entendimento firmado: ADI 1.617-MS, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 1997, e ADI 1.610-DF, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 221.856-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 1998).

Com a redação dada ao art. 62, § 2º, da CF/1988, excepcionando a regra geral exposta pelos julgados do STF, em se tratando da espécie tributária denominada imposto, com exceção daqueles que dispensam respeito ao princípio da anterioridade tributária (art. 150, § 1º, c/c os art. 153, I, II, IV, V, e art. 154, II, da CF/1988), a sua instituição ou majoração, por medida provisória, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte (art. 150, III, "b", da CF/1988) se a aludida MP tiver sido convertida em Lei até o último dia do exercício financeiro em que foi editada.

Outro limite previsto pela EC nº 32/2001 vem disciplinado na redação dada ao art. 246, da CF/1988, agora redigido nos seguintes termos:

---

[122] José Afonso da Silva é expresso ao dizer que o Presidente da República não poderá regulamentar matéria tributária através de MP "... porque o sistema tributário não permite legislação de urgência, já que a Lei tributária material não é aplicável imediatamente, por regra, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, "b", da CF/1988)" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*). Em argumentação bastante sedutora e completa, o Professor Roque Carrazza declara inadmitir a utilização das MPs para criar ou aumentar tributos, cabendo tal tarefa somente à Lei ordinária e, em poucos casos, à complementar. A medida provisória, segundo o ilustre jurista, "... brota de chofre, no silêncio dos gabinetes, da vontade isolada e, por vezes, imperial do Chefe do Executivo. Se porventura, medida provisória pudesse criar ou aumentar tributos, que seria da estrita legalidade, da segurança jurídica, da não surpresa dos contribuintes?" (CARRAZZA, Roque Antônio: *Curso de direito constitucional tributário*). No entanto, muito embora entendamos ser incabível a criação ou o aumento de tributos por MP, orientamos os candidatos para que adotem a posição do STF, agora corroborada no art. 62, § 2º, da CF/1988.

[123] Cf.: ADI 1.667-MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 1997, ADI 1.135-9/DF, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1997. E, ainda, RE 146.733-SP; RE 138.284-CE; RE 197.790-MG e RE 181.664-RS, RE 232.805-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 236.885-BA, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 247.235-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti; RE 266.752-RN, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 267.285-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 269.423-BA, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 1.417-MC etc.

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de art. da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive".

Trata-se de mais um retrocesso trazido pela nova sistemática das medidas provisórias, beneficiando, claramente, o governo e mostrando que o Congresso Nacional cedeu e muito nesse mau acordo político.

Isso porque a vedação de regulamentação de art. da Constituição alterado por emenda, de acordo com a redação dada ao art. 246, da CF/1988, não abrange as que forem promulgadas após o dia 11.09.2001. Pela nova regra, retrógrada, enfatize-se, as MPs não poderão regulamentar artigos da Constituição que tenham sido alterados por emenda constitucional no período de 1º.01.1995 a 11.09.2001. Todo art. da Constituição que for alterado antes ou depois desse período poderá ser regulamentado por MP. Naturalmente, interpretando a literalidade do dispositivo, mesmo durante referido período, antes ou depois, os artigos da Constituição que não forem alterados por emenda (e, claro, desde que não haja qualquer vedação constitucional – limites materiais) poderão ser regulamentados por MP.

Além desses limites, podemos destacar, muito embora não estejam previstos expressamente na EC nº 32/2001, os seguintes, impossibilitando a regulamentação por medida provisória das:

• matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa (art. 68, § 1º, da CF/1988, pela própria natureza do ato que reforça o princípio da indelegabilidade de atribuições);

• matérias reservadas às resoluções e aos decretos legislativos, por serem de competência das Casas ou do próprio Congresso Nacional.

Por fim, em relação aos limites materiais, selecionamos, ainda, algumas situações nas quais já havia expressa vedação de regulamentação por medida provisória:

• art. 25, § 2º, da CF/1988: "cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma, da Lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação";

• art. 225, § 1º, III, da CF/1988: "as medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, III, da CF/1988" (ADI 4.717, Plenário, j. 2018);

• art. 73, do ADCT: acrescentado pela ECR nº 1/1994, que já teve a sua eficácia exaurida, vedando a regulação do Fundo Social de Emergência, criado inicialmente para os exercícios financeiros de 1994 e 1995, por medida provisória;

• art. 2º, da EC nº 8/1995: veda a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no art. 21, XI, da CF/1988;[124]

• art. 3º, da EC nº 9/1995: veda a adoção de medida provisória na regulamentação da matéria prevista no art. 177, I ao IV, § 1º e § 2º, da CF/1988.

9.14.4.8 O que acontecerá com as medidas provisórias editadas em data anterior à EC nº 32/2001?

O art. 2º, da EC nº 32/2001 estabeleceu que "as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

Isso significa que todas as medidas provisórias anteriores à publicação, da EC nº 32/2001, caso não sejam derrubadas pelo Congresso, ou o Executivo deixe de revogá-las "explicitamente", diz o texto (entendemos, também, a revogação tácita como aplicável ao caso), continuarão em vigor, implicando a indesejável perpetuação. Resta ao Judiciário apreciar a nova sistemática, afastando-a, pois, assim permanecendo, ter-se-á, mais uma vez e disfarçadamente, uma aprovação por decurso de prazo. Conforme já declarado por alguns parlamentares, é humanamente impossível apreciar todas as medidas provisórias, o que implica, pela regra definida, a sua vigência indeterminada.[125]

Não podemos deixar de consignar o nosso repúdio a essa nova regra, que, de certa forma, implica a perpetuação das medidas provisórias em vigor antes da publicação da aludida emenda constitucional.

Como o texto diz publicação, não podemos confundir o termo final com a promulgação. Como se sabe, a EC nº 32/2001 foi promulgada em 11.09.2001, e publicada em 12.09.2001 (DOU de 12.09.2001), este último, portanto, o termo final para a verificação das medidas provisórias em vigor.

Por fim, cumpre lembrar que, embora as regras sobre a apreciação pelo Congresso Nacional das MPs estejam contidas na Res. nº 1/2002-CN, de acordo com o art. 20, Res. nº 1/2002-CN, às medidas provisórias em vigor na data da publicação, da EC nº 32/2001 aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Res. nº 1/1989-CN, alterada pela Res. nº 2/1989-CN.

---

[124] Art. 21, XI, da CF/1988: "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos, da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

[125] O Senador Roberto Requião observa, tecendo severas críticas ao aludido dispositivo: "como este Congresso não tem capacidade física, e a maioria do Governo pode obstruir, com a facilidade com que obstrui – quando deseja – a tramitação no Congresso, isso significa que essas medidas todas prolatadas até a publicação desse diploma legislativo que estamos discutindo estão automaticamente eternizadas, perenizadas, sem que o Congresso possa estabelecer, como disse o Senador Amir Lando, a sua capacidade de ser um contrapeso do processo..." (DSF de 2001).

9.14.5 Decreto Legislativo

9.14.5.1 Aspectos gerais

O Decreto Legislativo, uma das espécies normativas previstas no art. 59, VI, da CF/1988, é o instrumento normativo por meio do qual serão materializadas as competências exclusivas do Congresso Nacional, alinhadas no art. 49, I ao XVII, da CF/1988.[126] As regras sobre o seu procedimento vêm contempladas nos Regimentos Internos das Casas ou do Congresso.

Além das matérias do art. 49, da CF/1988, o Congresso Nacional deverá regulamentar, por Decreto Legislativo, os efeitos decorrentes da medida provisória não convertida em lei. Essa regra vem agora expressamente prevista no art. 62, § 3º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 32/2001.

Deflagrado o processo legislativo, ocorrerá a discussão no Congresso, e, havendo aprovação do projeto (pela maioria simples – art. 47, da CF/1988), passa-se, imediatamente, à promulgação, realizada pelo Presidente do Senado Federal, que determinará a sua publicação. Não existe manifestação do Presidente da República, sancionando ou vetando, pela própria natureza do ato (pois versa sobre matérias de competência exclusiva do Congresso, conferindo subjetividade ao regulamentar o art. 49, da CF/1988), bem como em virtude de expressa previsão constitucional (art. 48, caput, da CF/1988).

9.14.5.2 Breves notas sobre o processo de formação dos tratados internacionais e a novidade trazida pela EC nº 45/2004

9.14.5.2.1 Tratados e convenções internacionais gerais

Dentre as várias hipóteses previstas no art. 49, da CF/1988, destaca-se a competência exclusiva do Congresso Nacional, materializada, como visto, por meio de Decreto Legislativo, para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I, da CF/1988 – com alta incidência de questionamento nos concursos públicos).

Deixamos bem claro que a análise do referido instituto tem por objetivo único esclarecer como se aperfeiçoa a formação dos tratados internacionais e como estes passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Não se tem a intenção de trazer em pauta as várias teorias

[126] Para as provas, sugerimos uma leitura atenta dos referidos incisos.

e discussões travadas entre os internacionalistas, mesmo porque fugiria por completo do objetivo da presente proposta.

Basicamente são duas as possíveis formas, por meio das quais, se origina um tratado internacional: a) pela aprovação do texto por uma instância de organização internacional, ou b) pela assinatura de um documento por sujeitos de direito internacional público. Normalmente, tem-se: negociação, conclusões e assinatura do tratado. Nos dizeres de Flávia Piovesan, "a assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo". E prossegue a autora lembrando a Convenção de Viena, fixando, em linhas gerais, que "o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado (art. 11 ao art. 17 da Convenção)".[127]

Em relação ao Brasil, como deflui da análise do art. 84, VIII, da CF/1988, é de competência privativa do Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Essa regra deve ser associada, como vimos acima, ao art. 49, I, da CF/1988, que estabelece como de competência exclusiva do Congresso Nacional, materializada através da elaboração de Decreto Legislativo (art. 59, VI, da CF/1988), resolver, definitivamente, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, primeiro há a celebração do tratado, convenção ou ato internacional pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988), para, depois e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade.[128] Desta feita, concordando o Congresso Nacional com a celebração do ato internacional, elabora-se o Decreto Legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo, dando-se a este "carta branca" para ratificar a assinatura já depositada, ou, ainda, aderir, se já não o tiver feito. Ratificar significa confirmar perante a ordem internacional que aquele Estado, definitivamente, obriga-se perante o pacto firmado. Tecnicamente, a ratificação não é ato do Parlamento, mas de competência privativa do Chefe do Executivo, típico ato de direito internacional público. A troca (geralmente nos acordos bilaterais) ou o depósito (em regra, nos multilaterais, no órgão responsável pela custódia, como, *verbi gratia*, a ONU, a OEA...) do aludido instrumento de ratificação asseguram a obrigatoriedade do Estado no âmbito internacional.[129]

---

[127] PIOVESAN, Flávia Cristina: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.*

[128] Diferentemente do Brasil, é interessante lembrar alguns Estados nos quais a prerrogativa de decidir definitivamente sobre tratados internacionais atribuída ao Parlamento fica condicionada à aprovação do povo (participação popular por intermédio do processo), através do plebiscito ou referendo. Como exemplo, ressalta-se a União Europeia, quando da elaboração do Tratado de Maastricht.

[129] Deve-se deixar bem claro que o instrumento da ratificação tem sentido técnico entre os internacionalistas, indicando, perante a comunidade internacional, que o País aceita as regras fixadas no tratado internacional, obrigando-se aos seus vetores. Muitas vezes, o ato do Congresso Nacional, prévio, de

A próxima etapa, portanto, com o objetivo de que o tratado se incorpore por definitivo ao ordenamento jurídico interno, é a fase em que o Presidente da República, mediante decreto, promulga o texto, publicando-o, em português, em órgão da imprensa oficial, dando-se, pois, ciência e publicidade da ratificação da assinatura já lançada, ou, caso esta não se tenha externado, da adesão a determinado tratado ou convenção de direito internacional. Como maestralmente assinala Mirtô Fraga, "o Decreto do Presidente da República atestando a existência da nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe (ao tratado) força executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário".[130]

De acordo com o posicionamento do STF, a expedição, pelo Presidente da República, do referido decreto, acarreta três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Referido ato normativo integra o ordenamento jurídico interno com caráter de norma infraconstitucional, situando-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias (guardando, dessa forma, estrita relação de paridade normativa com as referidas leis ordinárias),[131] podendo, por conseguinte, ser revogado (ab-rogação ou derrogação) por norma posterior, bem como ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou difusa.[132]

Constata-se, pois, que o sistema constitucional brasileiro não exige, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, a edição de Lei formal distinta (visão dualista extremada ou radical), satisfazendo-se com a adoção de iter procedimental complexo, que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional. Isso quer dizer que o Brasil adotou o princípio do dualismo moderado.

Podemos, então, resumir o trâmite de integração da norma internacional no direito interno a quatro fases distintas, a saber:

---

referendo, aprovação do instrumento assinado, é também denominado ratificação, devendo o candidato ficar atento nas provas e concursos para saber de qual dos institutos a questão está tratando. Cuida-se de ratificação *lato sensu*, no sentido de confirmação do ato pelo Parlamento. Não tem o sentido técnico empregado pela doutrina internacionalista. Cf. interessante descrição da sistemática de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Direitos humanos e relações internacionais*, e *Idem.: Tratados internacionais*.

[130] FRAGA, Mirtô: *o conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno.*

[131] Esse entendimento foi consagrado pelo STF no julgamento do RE 80.004-SE, DJ de 1977, RTJ 83/809, Rel. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto (Inf. 73/STF – DJ de 1997), e reiterado no julgamento da ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, no julgamento pelo Plenário do pedido de medida cautelar (j. 1997, DJ de 2001). Em relação à natureza dos tratados sobre direitos humanos, em razão do art. 5º, § 3º da CF/1988, trazido pela EC nº 45/2004, confira estudo no item 9.14.5.2.3 que propugna por uma tese de supralegalidade ou mesmo constitucionalidade.

[132] Cf.: STF, ADI 1.480-3, Rel. Min. Celso de Mello: medida liminar apreciada em 1997 e julgamento final do processo, sem apreciação do mérito (DJ de 2001), em virtude de perda superveniente do objeto do referido processo de controle abstrato de constitucionalidade (cf. Inf. 236/STF, 2001).

• celebração do tratado internacional (negociação, conclusão e assinatura) pelo Órgão do Poder Executivo (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII, da CF/1988 – Presidente da República);

• aprovação (referendo ou "ratificação" *lato sensu*), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de Decreto Legislativo, resolvendo-o definitivamente (Congresso Nacional – art. 49, I, da CF/1988);

• troca ou depósito dos instrumentos de ratificação (ou adesão, caso não tenha tido prévia celebração) pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional;

• promulgação por Decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no diário oficial. Neste momento o tratado, acordo ou ato internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias (salvo nas hipóteses em que o tratado ou convenção internacional versar sobre direitos humanos e tiver sido incorporado(a) com a natureza supralegal ou constitucional (cf. art. 5º, § 3º, da CF/1988, e discussão no item 9.14.5.2.3).

Na observação precisa de Louis Henkin, "... o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de "*checks and balances*". Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de "*checks and balances*" talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia".[133]

9.14.5.2.2 Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (EC nº 45/2004)

Conforme mencionado no item 6.7.1.2.7 (estudo sobre o objeto da ADI), retomamos a importante discussão sobre a inserção do art. 5º, § 3º da CF/1988, pela EC nº 45/2004, nos seguintes termos: "os tratados e convenções internacionais[134] sobre direitos humanos que

---

[133] PIOVESAN, Flávia Cristina: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.*

[134] Como bem observou Pedro Dallari, "muito embora o dispositivo mencione "tratados e convenções internacionais", a doutrina, a prática e mesmo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entendem a fórmula como redundante, já que, independentemente da denominação que tenha cada documento (tratado, convenção, acordo, pacto, carta, Lei uniforme, protocolo, estatuto, concordata etc.), o vocábulo "tratado" se aplica a todo acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou organizações internacionais e que seja destinado a produzir efeitos jurídicos. Observe-se que a própria Constituição brasileira não é de forma alguma homogênea a esse respeito: o art. 49, I, da CF/1988, faz referência a tratados e acordos; o art. 84, VIII, da CF/1988, a tratados e convenções; o art. 5º, § 2º, o art. 102, III, "b", o art. 105, III, "a", o art. 109, III, § 5º, da CF/1988, apenas a tratados; o art. 178, da CF/1988, apenas a acordos" (TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*).

forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Zulaiê Cobra Ribeiro, em seu parecer sobre a Reforma, pondera que, "buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello... no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina... com a reforma de 1994, introdução esta, no texto constitucional, que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º, da CF/1988".[135]

Entendemos que a nova regra não é inconstitucional e não fere nem mesmo os limites implícitos do poder de reforma, destacando-se, nesse sentido, o Decreto nº 6.949/2009, que promulga a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 2007, que já havia sido aprovada pelo DL nº 186/2008, tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

Conforme vimos, outro exemplo de tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988, e, portanto, com status constitucional, é o Tratado de Marraqueche, que busca facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, celebrado em 2013, e que entrou em vigor no plano internacional em 2016, a partir da adesão do Canadá, o 20º Estado-parte, conforme determina o art. 18 do Tratado de Marraqueche. No tocante ao direito brasileiro, o Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 261/2015, tendo sido promulgado pelo Decreto presidencial nº 9.522/2018.

Esquematizando, podemos afirmar, então, conforme já exposto, que:

• tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2º e art. 5º, § 3º, da CF/1988): equivalem a emendas constitucionais, guardando, desde que observem os "limites do poder de reforma", estrita relação de paridade com as normas constitucionais;

• tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não confirmados pelo *quorum* qualificado: malgrado posicionamento pessoal deste autor, já exposto, para as provas, seguindo o entendimento do STF, terão natureza supralegal (cf. item 9.14.5.2.3);[136]

---

[135] CALMON FILHO, Petrônio: *Reforma constitucional do poder judiciário.*

[136] Flávia Piovesan entende que referidos tratados teriam caráter de norma constitucional (TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*). José Carlos Francisco também sustenta a constitucionalidade, até porque, quando o constituinte quis afastar a recepção automática com caráter de norma constitucional, manifestou-se expressamente, como fez com as súmulas preexistentes, nos termos do art. 8º, da EC nº 45/2004 (TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*).

• tratados e convenções internacionais de outra natureza: têm força de Lei Ordinária.

Dessa maneira, deverão surgir duas espécies do gênero tratados e convenções internacionais: a) aqueles sobre direitos humanos e b) aqueles outros que não disponham sobre direitos humanos. Os primeiros se dividem em: a.1) tratados sobre direitos humanos aprovados pelo *quorum* e observância de turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e a.2) os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais.

Flávia Piovesan identificou uma clara relação entre a redemocratização do Estado brasileiro, a partir de 1985, e o processo de incorporação de relevantes instrumentos de proteção aos direitos humanos.

Em valiosa compilação, a ilustre colega observa que "... a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, 2002; e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, 2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998".[137]

Qual a natureza jurídica desses tratados e convenções que tratam de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004?

Diferentemente da regra da Constituição da Argentina, que é expressa em afirmar que os tratados anteriores sobre direitos humanos passam a ter, com a Reforma de 1994, hierarquia constitucional, a regra brasileira foi omissa.

Entendemos que o Congresso Nacional poderá (e, querendo atribuir natureza constitucional, deverá) confirmar os tratados sobre direitos humanos pelo *quorum* qualificado das emendas e, somente se observada essa formalidade, e desde que respeitados os limites do poder de reforma das emendas, é que se poderá falar em tratado internacional

[137] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário.*

de “natureza constitucional”, ampliando os direitos e garantias individuais do art. 5º, da CF/1988.

E qual a diferença entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados (ou confirmados) em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros e aqueles, também sobre direitos humanos, que não seguiram a aludida formalidade?

A diferença estará no procedimento da denúncia (ato de retirada do tratado). Enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de prévia autorização do Congresso Nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas Casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não dispõem sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional.

Nesse sentido, também, Piovesan, que os classifica (os tratados sobre direitos humanos) em: a) material e formalmente constitucionais (aqueles que equivalem às emendas constitucionais em razão do procedimento de incorporação mais solene) e b) materialmente constitucionais, que, apesar de tratarem de direitos humanos, não passaram pelo procedimento mais solene.[138]

Para a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia unilateral pelo Executivo, já que “... os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados... É como se o Estado houvesse renunciado a esta prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno”.[139]

E qual seria o procedimento para a aprovação pelo *quorum* qualificado das emendas?

A nosso ver, pela regra do art. 49, I, da CF/1988 (que não poderá ser desprezada), continua sendo o Decreto Legislativo o ato pelo qual o Congresso Nacional, no procedimento de incorporação dos tratados internacionais, resolve definitivamente sobre os tratados e

---

[138] Para a autora, mesmo os materialmente constitucionais (sem as formalidades das emendas), como tratam de direitos humanos, pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988, teriam natureza constitucional (TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário)*. Mas, como visto, esse entendimento não é aceito pelo STF. Portanto, cuidado nas provas, especialmente as preambulares.

[139] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

convenções internacionais referentes a direitos humanos. Veja que a nova regra não diz que o procedimento deverá ser o das emendas, mas que, cumpridas as formalidades, equivalerão às emendas.

A única diferença está na possibilidade (e veja que há uma permissão, e não um dever para o Congresso Nacional) de se atribuir caráter de emenda constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, mas somente se observadas as formalidades fixadas no art. 5º, § 3º, da CF/1988.

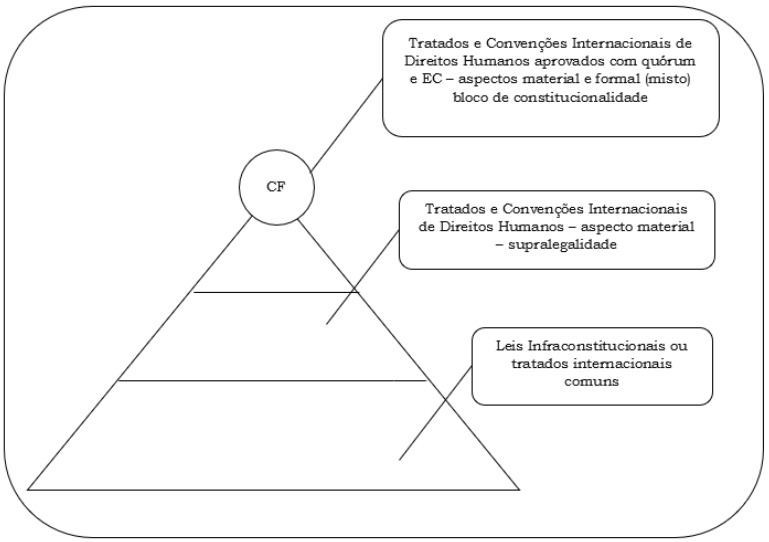
Perceba que o texto diz: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", significando que poderemos deparar com aprovação sem as aludidas formalidades e, aí, segundo o STF, referidos tratados terão natureza supralegal.

Por fim, conforme já analisado no item 6.7.1.3, ampliando o conceito de "bloco de constitucionalidade", passamos a ter, com a Reforma, um outro parâmetro constitucional de confronto, quais sejam, os tratados e convenções internacionais com "força" de norma constitucional. Assim, perfeitamente possível que uma Lei seja declarada inconstitucional por ferir referido tratado internacional sobre direitos humanos, que tenha sido aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, já que equivalerão às emendas constitucionais.

Para todos os casos, entendemos ainda prevalecer a afirmação exarada por Araujo e Nunes Júnior em relação à regra anterior: "o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Legislativo que ratifica um tratado internacional não torna o ajuste internacional nulo, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, no entanto, a sanções internacionais decorrentes do descumprimento".[140]

9.14.5.2.3 A "supralegalidade" dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

[140] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.*



O STF decidiu a matéria em dois recursos extraordinários (RE 466.343 e RE 349.703) buscando enfrentar a constitucionalidade da prisão civil para o inadimplente em contratos de alienação fiduciária em garantia.[141]

De acordo com o voto[142] do Min. Gilmar Mendes, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderiam, seguindo a doutrina, ter o seguinte status normativo:

• natureza supraconstitucional (Celso Duvivier de Albuquerque Mello);

• caráter constitucional (Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan);

• status de Lei Ordinária (RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 1977);

• caráter supralegal (art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia e a posição firmada pelo Ministro Gilmar Mendes em referido voto).

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, acrescentou os seguintes fundamentos: "[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana" (grifamos).

---

[141] Art. 4º do Decreto-lei nº 911/1969: "Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Livro IV, Título I, Capítulo II, do CPC".

[142] Cf. íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, em Notícias STF, 2006.

Prosseguindo, sustentou que a previsão, pelo Pacto e pela Convenção internacionais, da prisão por dívida exclusivamente para o devedor de alimentos "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF/1988) não foi revogada pela ratificação do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e nem pelo art. 7º, 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287, do CC/1916 e o DL nº 911/1969".

Concluindo, afirmou que a prisão civil do devedor-fiduciante afronta o princípio da proporcionalidade, na medida em que existem outros meios "processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL nº 911/1969, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional" (Inf. 449/STF).

O STF, por 5 x 4, em 2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988 (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.[143]

Embora sedutora a tese e, sem dúvida, fortalecedora do princípio da dignidade da pessoa humana, o grande problema parece-nos justificar (especialmente diante da redação conferida ao art. 5º, § 3º, da CF/1988, pela EC nº 45/2004) a possibilidade de "paralisar" a eficácia das leis contrárias aos tratados ou convenções sobre direitos humanos, mas que encontrariam suporte de validade na própria Constituição, que continua estabelecendo, ao lado da prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel (remetemos o amigo leitor para o item 6.7.1.2.7).

Finalmente, destaca-se a SV 25/2009: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

9.14.6 Resolução

[143] Cf. Inf. nº 531/STF, assim como RE 349.703 e, no julgamento do HC 87.585, o cancelamento da S. 619/STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

Por meio das resoluções regulamentar-se-ão as matérias de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51, da CF/1988), do Senado Federal (art. 52, da CF/1988) e algumas de competência do Congresso Nacional, fixadas, além das poucas hipóteses constitucionais, regimentalmente.

Assim, os Regimentos Internos determinam as regras sobre o processo legislativo. De modo geral, deflagrado o processo legislativo na forma do Regimento, a discussão dar-se-á nas respectivas Casas, ou seja, em se tratando de projeto de resolução da Câmara dos Deputados, apenas nessa Casa; quando for projeto do Senado Federal, unicameralmente, na referida Casa e, na hipótese de resolução do Congresso Nacional, a tramitação será bicameral.

Uma vez aprovado (maioria simples – art. 47, da CF/1988), passa-se à promulgação, que será realizada pelo Presidente da Casa (Câmara ou Senado) e, no caso de resolução do Congresso, pelo Presidente do Senado Federal. Os mencionados Presidentes determinarão a publicação.

Além da previsão regimental de matérias a serem regulamentadas por resoluções, assim como aquelas dos art. 51 e art. 52, da CF/1988, destacamos outras hipóteses constitucionais:

• art. 68, § 2º, da CF/1988: o Congresso Nacional delegará competência ao Presidente da República para elaborar a Lei delegada por meio de resolução;

• art. 155, § 1º, IV, da CF/1988: o Senado Federal, por meio de resolução, fixará as alíquotas máximas do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, a ser instituído pelos Estados e pelo DF;

• art. 155, § 2º, IV, da CF/1988: o Senado Federal, por meio de resolução de iniciativa do Presidente da República ou de 1/3 dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

• art. 155, § 2º, V, "a", da CF/1988: faculta-se ao Senado Federal estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de 1/3 e aprovada pela maioria absoluta de seus membros em relação ao imposto a ser instituído pelos Estados e pelo DF sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

• art. 155, § 2º, V, "b", da CF/1988: faculta-se, também, ao Senado Federal fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por 2/3 de seus membros.

Também, e pelos mesmos motivos apontados quando definimos o Decreto Legislativo, não haverá manifestação presidencial sancionando ou vetando o projeto de resolução (art. 48, da CF/1988).

CUIDADO: devemos relembrar, em relação às hipóteses dos art. 51, IV, e art. 52, XIII, da CF/1988, que cada Casa não pode mais, de acordo com a regra fixada pela EC nº 19/1998, dispor mediante resolução sobre a remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços, tendo, apenas, a iniciativa reservada para o encaminhamento de projeto de lei, que, no caso, deverá ser sancionado pelo Presidente da República.

Já que falamos em Decreto Legislativo, resta observar que, enquanto as resoluções podem instrumentalizar matérias de competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, os decretos legislativos só servirão para regulamentar as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, indicadas no art. 49, da CF/1988.

9.14.7 Quadro comparativo das espécies normativas

ESPÉCIES NORMATIVAS	**LOCALIZAÇÃO E ALGUMAS CARACTERÍSTICAS**
Emendas à Constituição	• Art. 60, da CF/1988: *quorum*: 3/5, em cada Casa, em dois turnos de votação
Lei Complementar	• Art. 69, da CF/1988: *quorum*: maioria absoluta. Hipóteses taxativamente previstas nos art. 7º, I; art. 14, § 9º; art. 18, § 2º, § 3º e § 4º; art. 21, IV; art. 22, parágrafo único; art. 23, parágrafo único; art. 25, § 3º; art. 37, XIX; art. 40, § 1º, II; art. 40, § 4º-A, § 4º-B e § 4º-C (EC nº 103/2019); art. 41, § 1º, III; art. 43, § 1º; art. 45, § 1º; art. 49, II; art. 59, parágrafo único; art. 79, parágrafo único; art. 84, XXII; art. 93, caput; art. 100, § 15; art. 121, caput; art. 128, § 4º e § 5º; art. 129, VI e VII; art. 131, caput; art. 134, § 1º; art. 142, § 1º; art. 146; art. 146-A, caput; art. 148; art. 153, VII; art. 154, I; art. 155, § 1º, III; art. 155, XII; art. 156, III; art. 156, § 3º; art. 161; art. 163; art. 165, § 9º; art. 166, § 6º e § 11; art. 168; art. 169, caput e § 2º, § 3º e § 4º; art. 184, § 3º; art. 192, caput; art. 195, § 11; art. 198, § 3º; art. 201, § 1º; art. 202, § 1º, 4º, 5º e 6º; art. 231, § 6º, todos, da CF/1988. E art. 29, § 1º e § 2º; art. 34, § 7º, § 8º, e § 9º; art. 79; art. 91 e art. 108, parágrafo único, do ADCT
Lei Ordinária	• Art. 47, da CF/1988: *quorum*: maioria simples, desde que presente a maioria absoluta dos membros
Lei delegada	• Art. 68, da CF/1988: elaborada pelo Presidente da República, após delegação do Congresso Nacional, mediante resolução
Medida provisória	• Art. 62, da CF/1988: elaborada pelo Presidente da República, tem força de lei. Ressalvado o disposto nos art. 62, § 11 e § 12, da CF/1988, perde a eficácia desde a sua edição se não for convertida em Lei no prazo de 60 dias prorrogável, uma única vez, por novos 60 dias, caso não tenha encerrado a votação nas duas Casas do Congresso Nacional (cf. art. 62, § 3º e § 7º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 32/2001)
Decreto Legislativo	• Art. 49, da CF/1988: competência exclusiva do Congresso Nacional; art. 62, § 3º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 32/2001, disciplina os efeitos decorrentes da medida provisória não convertida em Lei e que perdeu a sua eficácia desde a sua edição
Resoluções	• Art. 51, da CF/1988: competência privativa da Câmara • Art. 52, da CF/1988: competência privativa do Senado • Art. 68, § 2º, da CF/1988: delegação do CN ao PR para elaborar Lei delegada • Previsões regimentais: matérias a serem regulamentadas por resoluções do SF, da CD ou do CN EXCEÇÃO: art. 51, IV, e art. 52, XIII, da CF/1988, as Casas têm iniciativa reservada para o encaminhamento de projeto de Lei Ordinária para fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços (não se trata, portanto, de projeto de resolução.)

9.15 Função fiscalizatória exercida pelo legislativo e o tribunal de contas

Conforme já estudamos, além da função típica de legislar, ao Legislativo também foi atribuída função fiscalizatória.

Sabemos que, de modo geral, todo Poder deverá manter, de forma integrada, sistema de controle interno de fiscalização (cf. art. 74, caput, da CF/1988).

Em relação ao legislativo, além do controle interno (inerente a todo Poder), também realiza controle externo, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta (pertencentes ao Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta, levando em consideração a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, caput, da CF/1988).

A CF/1988 consagra, pois, um sistema harmônico, integrado e sistêmico de perfeita convivência entre os controles internos de cada Poder e o controle externo exercido pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 74, IV, da CF/1988).

Esse sistema de atuação conjunta é reforçado pela regra contida no art. 74, § 1º, da CF/1988, na medida em que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela deverão dar ciência ao TCU, sob pena de responsabilidade solidária.

Também deverá prestar contas "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária" (art. 70, parágrafo único, da CF/1988, com a redação determinada pela EC nº 19/1998).

Portanto, o controle externo será realizado pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas, cujas competências estão expressas no art. 71, da CF/1988.

9.15.1 Tribunal de contas da união

9.15.1.1 Composição e características

O Tribunal de Contas da União, integrado por 9 Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e "jurisdição" em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96, da CF/1988.

Malgrado tenha o art. 73, da CF/1988 falado em "jurisdição" do Tribunal de Contas, devemos alertar que essa denominação está totalmente equivocada. Isso porque o Tribunal

de Contas é órgão técnico que, além de emitir pareceres, exerce outras atribuições de fiscalização, de controle e, de fato, também a de "julgamento" (tanto é que o Min. Ayres Britto chega a falar em "judicatura de contas" – ADI 4.190). Porém, o Tribunal de Contas não exerce jurisdição no sentido próprio da palavra, na medida em que inexiste a "definitividade jurisdicional". É por esse motivo que reputamos não adequada a expressão "jurisdição" contida no art. 73, da CF/1988.

No caso de auxílio no controle externo, os atos praticados são de natureza meramente administrativa, podendo ser acatados ou não pelo Legislativo. Em relação às outras atribuições, o Tribunal de Contas também decide administrativamente, não produzindo nenhum ato marcado pela definitividade ou fixação do direito no caso concreto, no sentido de afastamento da pretensão resistida. O Tribunal de Contas, portanto, não é órgão do Poder Judiciário (não está elencado no art. 92, da CF/1988), nem mesmo do Legislativo.

Segundo asseverou o Min. Celso de Mello, "os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República" (ADI 4.190, j. 2010).

Como visto e deixando mais claro, o Tribunal de Contas, apesar de autônomo (autonomia institucional), sem nenhum vínculo de subordinação ao Legislativo, em determinadas atribuições é auxiliar desse Poder. A fiscalização em si, no caso do controle externo, é realizada pelo Legislativo. O Tribunal de Contas, como órgão auxiliar, apenas emite pareceres técnicos nessa hipótese.

Finalmente, é de alertar que as Cortes de Contas (todas elas em seus âmbitos) gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui a iniciativa reservada para "instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos ar. 73, art. 75 e art. 96, da CF/1988" (ADI 4.418-MC, j. 2010; ADI 1.994, j. 2006; e ADI 5.323, j. 2019).

Por exemplo, compete ao TCU, nos termos do art. 96, da CF/1988, propor ao Poder Legislativo (iniciativa reservada) projetos de Lei para a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

9.15.1.2 Atribuições constitucionais do TCU

As atribuições constitucionais estão elencadas no art. 71, da CF/1988, de imprescindível leitura para as provas de concursos, destacando-se ser competência do TCU:

• apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento;

• julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

• apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

• realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como demais entidades referidas no do art. 71, II, da CF/1988;

• fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

• fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

• prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

• aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, como, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

• assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento, da Lei, se verificada ilegalidade;

• sustar, se não atendida, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

• representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Em relação a essas atribuições, estabelece o art. 71, § 4º, da CF/1988, que o TCU encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, um relatório de suas atividades.

9.15.1.3 “Apreciar as contas” x “julgar as contas” (art. 71, I e II, da CF/1988)

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	
• aprecia as contas	• Presidente da República
• julga (administrativamente) as contas	• dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos • daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público

Devemos deixar bem claro que o julgamento das contas dos Chefes dos Executivos não é feito pelo Tribunal de Contas, mas, conforme visto, pelo respectivo Poder Legislativo. O Tribunal de Contas apenas aprecia as contas, mediante parecer prévio conclusivo, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento.

Nesse sentido, o art. 49, IX, da CF/1988 estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Portanto, quem julga as contas é o Poder Legislativo de cada ente federativo. Confira:

JULGAMENTO DAS CONTAS	**CONTROLE EXTERNO**	**TRIBUNAL DE CONTAS**
• Presidente da República	• Congresso Nacional	← • Apoio técnico • Parecer prévio
• Governador de Estado	• Assembleia Legislativa	
• Governador DF	• Câmara Legislativa	
• Prefeito	• Câmara Municipal	

Por sua vez, o art. 71, II, da CF/1988, dá total autonomia para o TCU julgar – e agora percebam que o verbo é “julgar” – e não “apreciar” – as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Nessa hipótese, assinalou o STF: “... o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo”, tendo o TCU total autonomia (cf. ADI 3.715-MC). Por se tratar de decisão administrativa, naturalmente, o entendimento a ser firmado pelo TCU poderá ser discutido no Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

9.15.1.4 Recursos repassados pela união: Remessa necessária de recursos x recursos repassados pela união (art. 71, VI, da CF/1988)

De acordo com o art. 71, VI, da CF/1988, compete ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Assim, como bem diferenciou o Min. Lewandowski, "enquanto a remessa necessária abrange recursos que, embora arrecadados pela União, pertencem às respectivas unidades federativas, o repasse definido no art. 71, VI, da CF/1988, cuida de recursos pertencentes à União" (MS 28.584 AgR, 2ª T., j. 2019, DJE de 2019).

Para exemplificar, destacamos o art. 21, XIV, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 104/2019: compete à União organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

Referido fundo foi instituído pela Lei nº 10.633/2002. Na medida em que os recursos destinados ao Fundo Constitucional do Distrito Federal pertencem aos cofres federais (Tesouro Nacional), "a competência para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados ao FCDF é do Tribunal de Contas da União – TCU" e não do Tribunal de Contas do Distrito Federal (MS 28.584 AgR, 2ª T., j. 2019, DJE de 2019).

Esse entendimento segue a mesma lógica do estabelecido pelo pleno em relação aos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, repassados aos Estados e Municípios, que, por serem federais, são também controlados pelo TCU (ADI 1.934, j. 2019).

9.15.1.5 O Tribunal de contas tem atribuição para exercer controle de constitucionalidade?

Não.

O tema tem gerado muita dúvida, na medida em que o STF, em 1963, editou a S. 347, com os seguintes dizeres: "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Conforme aprofundamos no item 6.4.2.4.3, a Corte vem fazendo uma profunda releitura da referida súmula, prescrevendo que os ditos "órgãos administrativos autônomos", por exemplo, o TCU, o CNJ e o CNMP, não realizam controle de constitucionalidade, na medida em que não exercem jurisdição, estando esse entendimento consagrado no julgamento da Pet 4.656 (j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

Com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, referidos órgãos poderão afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição no caso

concreto. Isso, contudo, não se confunde com o controle de constitucionalidade, nem mesmo com o afastamento da norma em abstrato.

O Min. Celso de Mello explica: "a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – "há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado" (RMS 8.372/CE, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 1961, Plenário.)".[144]

9.15.1.6 Sustação de "atos" e "contratos" administrativos pelo tribunal de contas

A doutrina do direito administrativo estabelece, com precisão, a distinção entre atos e contratos administrativos.

Para Carvalho Filho, o ato administrativo pode ser conceituado como "a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público".[145]

Já o contrato administrativo é o "ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza o interesse público".[146]

Portanto, basicamente, pode-se afirmar que, enquanto o ato administrativo se caracteriza como manifestação unilateral da administração pública, como a autorização, a licença, a permissão, o contrato administrativo pressupõe bilateralidade, a traduzir obrigação de ambas as partes (muito embora as particularidades e a derrogação do direito comum, em razão do interesse público envolvido) como o contrato de concessão de serviço público ou o de fornecimento.

Isso posto, cabe observar que, no que concerne ao controle realizado pelo TCU, em razão da distinção entre os dois institutos, o constituinte também criou regras específicas.

---

[144] Medida cautelar no MS 31.923, j. 2013, decisão monocrática. Apesar do precedente citado (Pet 4.656), que consagra o atual posicionamento em relação à matéria, o STF analisará o caso específico do TCU no MS 25.888 (pendente), havendo grande expectativa de manutenção do entendimento exposto e que está aprofundado no mencionado item 6.4.2.4.3, de indispensável leitura.

[145] CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de direito administrativo.*

[146] *Ibid.*

Diante de atos administrativos, verificando o TCU qualquer ilegalidade, deverá assinalar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento, da Lei (art. 71, IX, da CF/1988).

Findo o prazo e não solucionada a ilegalidade, nos termos do art. 71, X, da CF/1988, competirá ao TCU, no exercício de sua própria competência, sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Em contrapartida, de acordo com o art. 71, § 1º, da CF/1988, no caso de contrato administrativo, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Contudo, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas, o Tribunal de Contas da União decidirá a respeito (art. 71, § 2º, da CF/1988).

Apesar dessa ideia de atuação subsidiária, como assinalou o STF, "... o Tribunal de Contas da União embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, da CF/1988, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou", sob pena de imediata comunicação ao Congresso Nacional, que deverá tomar as medidas cabíveis (MS 23.550, j. 2010).

9.15.1.7 As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do tribunal de contas?

Sim.

De acordo com o STF, ao interpretar o art. 71, II, da CF/1988, "ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da CF/1988 e art. 1º, I, da Lei nº 8.443/1992). As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista" (MS 25.092, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2005, DJ de 2006).[147]

[147] Nesse sentido, cf. Inf. 408/STF: "... No mérito, afirmou-se que, em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário. Ressaltou-se, ademais, que as entidades da administração indireta não se sujeitam somente ao direito privado, já que seu regime é híbrido, mas também, e em muitos aspectos, ao direito público,

9.15.1.8 É necessária a observância do devido processo legal em processo administrativo no âmbito do tribunal de contas?

Para responder, transcrevemos a Súmula Vinculante 3/2007: "nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".[148]

9.15.1.9 O tribunal de contas pode exigir, por si, a quebra de sigilo bancário?

O STF, no julgamento do MS 22.801, por unanimidade, anulou decisão do TCU "... que obrigava o Banco Central a dar acesso irrestrito a informações protegidas pelo sigilo bancário, constantes do Sisbacen (Sistema de Informações do Banco Central). [...] Os ministros reafirmaram que toda e qualquer decisão de quebra de sigilo bancário tem de ser motivada, seja ela do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo (no caso por meio das CPIs, acrescente-se). Eles ressaltaram, ainda, que o TCU, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, não tem poder para decretar quebra de sigilo. "Nós não estamos dizendo que o Banco Central não deva informações ao Poder Legislativo. Ao contrário, nós estamos é afirmando que deve. O que nós estamos aqui decidindo é que uma Câmara do Tribunal de Contas – e o Tribunal de Contas da União não é o Poder Legislativo – possa autorizar (ou não) a invasão do Sisbacen de forma irrestrita", explicou o relator da matéria, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito" (Notícias STF, 2007).

Isso porque o sigilo bancário busca proteger a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, da CF/1988), devendo eventual mitigação desses direitos fundamentais ser feita com base na Constituição e na ideia de ponderação.

Avançando, nem mesmo a LC nº 105/2001, que trata do assunto, autorizou a mitigação do direito fundamental pelo TCU, o que, em nosso entender, também não poderia, já que estamos diante da regra de reserva de jurisdição (cf. discussão nos itens 9.8.3.14 e 14.10.8).

Portanto, tanto o TCU como as demais Cortes de Contas, em razão da simetria, não têm competência para decretar a quebra do sigilo bancário, mesmo diante das atividades que desempenham (cf. MS 22.934).

---

tendo em vista notadamente a necessidade de prevalência da vontade do ente estatal que as criou, visando ao interesse público...".

[148] Precedentes: MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie (Gilmar Mendes, p/ acórdão), DJ de 2004; MS 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 2006; RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1995; RE 329.001 (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 2005; AI 524.143 (AgR), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2005.

CUIDADO: um alerta, contudo, deve ser feito em relação à regra geral apresentada: o STF tem sustentado que, em se tratando de contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37, da CF/1988), a proteção do direito à intimidade/privacidade tem sido flexibilizada (MS 33.340, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 2015, DJE de 2015. Cf., também, MS 21.729, j. 1995, pleno e RHC 133.118, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2017 – Inf. 879/STF).

Em relação ao caso específico do TCU, conforme estabeleceu o Min. Fux na ementa do acórdão, "[...] 3. o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37, da CF/1988. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. [...] 7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, *manu militari*, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Plenário, Rel. Min. Menezes Direito, DJE 2008. 8. *In casu*, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito)" (MS 33.340).

9.15.1.10 Teoria dos poderes implícitos e as atribuições do tribunal de contas – Possibilidade de concessão de medidas cautelares para assegurar o exercício de suas atribuições

O Min. Celso de Mello, em interessante julgado (cf. item 3.8), anotou que a teoria dos poderes implícitos decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece que "... a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos" (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, DJ de 2007).

Acrescentamos que os meios implicitamente decorrentes das atribuições explicitamente estabelecidas devem passar por uma análise de razoabilidade e proporcionalidade.

Podemos dar como exemplo de aplicação da teoria dos poderes implícitos o reconhecimento, pelo STF, dos poderes do TCU de conceder medidas cautelares no exercício de suas atribuições explicitamente fixadas no art. 71, da CF/1988 (MS 26.547-MC/DF).

9.15.1.11 Situação jurídica acobertada pela autoridade da coisa julgada pode ser desconstituída por decisão ou ato do tribunal de contas?

Não.

Vem decidindo o STF que, havendo coisa julgada, o instrumento específico para a sua eventual desConstituição, nas hipóteses legais, é a ação rescisória.

Assim, mesmo que a matéria acobertada pela autoridade da coisa julgada esteja em discordância com entendimento do próprio STF, não tem o Tribunal de Contas competência para lhe alterar o sentido, seja para suprimir como, também, para conceder vantagens, especialmente diante dos "... postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito", que se mostram "impregnadas de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público" (RTJ 191/19922):

"EMENTA: Vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público, por força de decisão judicial transitada em julgado: não pode o Tribunal de Contas, em caso assim, determinar a supressão de tal vantagem, por isso que a situação jurídica coberta pela coisa julgada somente pode ser modificada pela via da ação rescisória" (MS 25.460, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2005, Plenário, DJ de 2006).

"EMENTA: O Tribunal de Contas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (RTJ 193/556-557) nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença revestida da autoridade da coisa julgada (RTJ 194/594), ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do STF, pois a *res judicata* em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória. Precedentes" (MS 28.150 MC/DF, j. 2009, DJE de 2009).

9.15.1.12 Decisões do tribunal de contas com eficácia de título executivo

De acordo com o art. 71, § 3º, da CF/1988, as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, devendo a ação ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação, e não pelo próprio Tribunal de Contas:

"EMENTA: Tribunal de Contas do Estado do Acre. Irregularidades no uso de bens públicos. Condenação patrimonial. Cobrança. Competência. Ente público beneficiário da condenação. Em caso de multa imposta por Tribunal de Contas estadual aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, a ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação do Tribunal de Contas. Precedente" (RE 510.034-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008, 2ª T., DJE de 2008).

"EMENTA: Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: impossibilidade. Norma permissiva contida na Carta estadual. Inconstitucionalidade. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, da CF/1988). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público, que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente (no caso, a AGU ou procuradorias competentes, acrescente-se). Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (art. 68, XI, da CE-SE). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (art. 75, da CF/1988)" (RE 223.037, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário, DJ de 2002. No mesmo sentido: AI 826.676-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, 2ª T., DJE de 2011).

9.15.1.13 Ao decidir, cabe ao tribunal de contas manter o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia? (A nova orientação trazida pela Lei nº 13.866/2019)

Em regra, não. Excepcionalmente, contudo, caberá ao Tribunal de Contas manter o sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (Lei nº 13.866/2019). Vejamos.

O Tribunal de Contas tem atribuição para investigar, independentemente de provocação, podendo agir, portanto, de ofício. Contudo, contribuindo, o art. 74, § 2º, da CF/1988 estabelece ser parte legítima para, na forma, da Lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU:

• qualquer cidadão;

• partido político;

• associação;

• sindicato.

Assim, indagamos, apresentada a denúncia, o TCU deve manter sigilo sobre a autoria dessa denúncia? E sobre o seu objeto?

O art. 55, caput, § 1º, da Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre a LOTCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências, tinha a seguinte redação: "Art. 55, da Lei nº 8.443/1992. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia."

A questão chegou a ser analisada pelo STF, que declarou, incidentalmente, já que em um caso concreto (controle difuso), a inconstitucionalidade da expressão constante do art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/1992, "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia", e do contido no Regimento Interno do TCU, que, quanto à autoria da denúncia, estabelecia que seria mantido o sigilo.

Basicamente, o STF, por maioria, entendeu que o denunciado tem o direito de saber quem está apresentando a denúncia para, eventualmente e se for o caso, exercer o seu direito de resposta, proporcional ao agravo, e buscar, até mesmo, reparação por dano material ou moral por violação à honra e à imagem (art. 5º, V e X, da CF/1988); além do que, apenas em situações excepcionais é vedado o direito de se obter informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, da CF/1988) (cf. MS 24.405, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2003, Plenário, DJ de 2004).

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, de maneira bastante firme, sustentou que a não identificação daquele que leva a informação dos fatos pode caracterizar práticas abusivas ou até de perseguição, seja por quem denuncia ou até, eventualmente, pelo próprio órgão da administração pública.

E arrematou: "... configura "covardia republicana" usar órgãos como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, Receita Federal a serviço de partido político. É uma das coisas mais inescrupulosas de que se tem notícia. Violenta a ideia de igualdade de oportunidade, violenta aquilo que é mais relevante na democracia".

A partir do julgamento do caso concreto, cumprindo o art. 52, X, da CF/1988, o Senado Federal, nos termos da Res. nº 16/2006, suspendeu a execução da expressão "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia" constante do art. 55, § 1º, da Lei Federal nº 8.443/1992 e do contido no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, quanto à manutenção do sigilo em relação à autoria de denúncia, em virtude da declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do STF, nos autos do referido MS 24.405.

CUIDADO: em momento seguinte, após a mencionada decisão do STF e a edição da resolução pelo Senado Federal, que consagravam a regra da publicidade, o Parlamento, em verdadeira reação legislativa, mitigou o entendimento da Corte, estabelecendo uma exceção em que deverá prevalecer o sigilo conforme art. 55, § 3º. Vejamos: "Art. 55. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 3º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter o sigilo do objeto e da autoria da denúncia quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (introduzido pela Lei nº 13.866/2019).

Observa-se que a restrição introduzida pelo legislador segue a mesma linha do sigilo fixado no art. 5º, XXXIII, da CF/1988, qual seja, quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Portanto, a regra geral é a da publicidade, da transparência, do dever de se revelar o objeto e a autoria da denúncia, salvo quando essas informações forem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

Para finalizar, um ponto precisa ser mais bem estudado pelo STF e diz respeito à denúncia anônima, que, diante do entendimento fixado pelo STF de o denunciante formal ser identificado, salvo na hipótese trazida pela Lei nº 13.866/2019 (manutenção do sigilo das informações quando estas forem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado), deve tender a aumentar, já que muitos temerão alguma represália ou retaliação na hipótese de revelação do nome do denunciante.

Além daquele que age com covardia e se utiliza dos órgãos para implementar disputas políticas, não podemos nos esquecer do cidadão honesto, correto, que, sem nenhuma outra intenção, simplesmente quer levar ao conhecimento do poder público alguma irregularidade, mas teme a represália.

Em caso similar, mas envolvendo a prática de crime, o STF admitiu a denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela.

Segundo o Min. Toffoli, a partir do julgamento do HC 84.827/TO (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2007), de fato, o STF "... assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então,

instaurar o procedimento investigatório propriamente dito" (HC 98.345, j. 2010, 1ª T.– e observe-se que não foi pelo Plenário).

O Min. Ricardo Lewandowski, em referido julgamento, chegou a estimular a ideia da "denúncia anônima" no sentido de deflagrar iniciação prévia, sem, ainda, a abertura de inquérito policial, incentivando a cidadania participativa no combate ao crime e, assim, o "direito à proteção contra eventual represália ou retaliação".

O Min. Celso de Mello, outrossim, ao analisar a denúncia anônima, que realmente encontra limites no art. 5º, IV, da CF/1988, que veda o anonimato, chegou a apontar o exato sentido dessa garantia constitucional: "... nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", por exemplo), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "*persecutio criminis*", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas" (HC 100.042-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJE de 2009 e, originariamente, em seu voto no Inq. 1.957, j. 2005 – grifamos).

Portanto, diante de todas essas manifestações, apesar do entendimento do STF externado no MS 24.405 no sentido de, ao decidir, estar proibido o TCU de manter o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia, mesmo diante da restrição trazida pela Lei nº 13.866/2019 (manutenção do sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado), parece-nos que a denúncia anônima poderá, também, ser "aproveitada" pelo TCU no cumprimento de sua nobre missão constitucional.

Partindo da denúncia anônima, o TCU poderá adotar, parafraseando a decisão do Min. Celso de Mello, aqui adaptada, medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude ou ilegalidade, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração do procedimento administrativo, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas (matéria pendente de aprofundamento pelo STF, especialmente pelo Plenário).

Esse entendimento fica reforçado no sentido de que, conforme visto, o TCU atua não somente por provocação, mas também de ofício, no cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Tal proposta de interpretação encontra fundamento, ainda, no art. 13, item 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[149] ao estabelecer que "cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção".

9.15.1.14 Ministros do tribunal de contas da união

• requisitos: ser brasileiro (nato ou naturalizado); ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e mais de 10 anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados;

• escolha: os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados após escolha, que se dará da seguinte forma:

a) 3 (1/3 dos 9) pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal pelo *quorum* da maioria simples (art. 47, da CF/1988), sendo 2 alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal,[150] indicados em lista tríplice;

b) 6 (2/3 dos 9) pelo Congresso Nacional (art. 73, § 2º, I e II, da CF/1988).

Assim, embora tenha enfrentado o tema de modo definitivo apenas para o TCE (vide S. 653/STF),[151] a tendência no STF no que respeita ao TCU parece-nos ser a seguinte: dos 9 Ministros:

a) 3 (1/3 dos 9) são escolhidos pelo Presidente da República. Desses três, 1 será de sua livre escolha, 1 dentre auditores (indicados em lista tríplice pelo TCU) e 1 dentre membros do MP junto ao TCU (também a ser escolhido pelo Presidente dentre aqueles da lista tríplice a ser enviada pelo TCU), destacando-se ter o Presidente da República, nessas hipóteses de lista tríplice, total discricionariedade para escolher 1 dos 3;

---

[149] O Decreto nº 5.687/2006 promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2003 e assinada pelo Brasil em 2003, tendo sido o seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 348/2005.

[150] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, estabelecem: "Já vimos que há um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, que não é o mesmo do art. 128, da CF/1988, mas tem os mesmos direitos, vedações e forma de investidura do previsto nesse dispositivo. Sua Lei orgânica não é de iniciativa do Procurador-Geral da República, mas do Tribunal de Contas da União, e não será instituída por Lei complementar, mas por Lei ordinária". Esse tema será mais bem estudado quando tratarmos das funções essenciais à Justiça e, em especial, sobre o Ministério Público, no item 12.2.

[151] S. 653/STF: "No Tribunal de Contas estadual, composto por 7 Conselheiros, 4 devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e 3 pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar 1 dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha".

b) 6 (2/3 dos 9), serão indicados pelo Congresso Nacional, nos termos dos Decretos Legislativos nº 6/1993 e nº 18/1994.

Em sede de julgamento liminar, confirmada no julgamento de mérito, o STF entendeu que, à medida que forem abrindo as vagas, aquelas de origem deverão ser preservadas (por exemplo, aposentando um membro do TCU proveniente do MP, deverá ser indicado um novo membro dentre aqueles da lista tríplice integrada por membros do MP junto ao TCU). Não se trata de mero critério rotativo de escolha, como prescrevem o art. 105, III, da Lei nº 8.443/1992 e o art. 280, III, do Regimento Interno do TCU. Trata-se, em verdade, de composição constitucional definida, fixa e expressa no art. 73, § 2º, I e II, da CF/1988;[152]

• nomeação: pelo Presidente da República, na dicção do art. 84, XV, da CF/1988, observadas as regras de escolha (composição) prescritas no art. 73, da CF/1988;

• garantias: os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40, da CF/1988 (cf. no item 11.4.2 as discussões sobre a EC nº 88/2015);

• auditores:[153] de acordo com o art. 73, § 4º, da CF/1988, o auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

9.15.2 Distinção entre a atuação do TCU e da CGU: Inexistência de invasão de atribuições. Auxílio no controle externo (TCU) x controle interno (CGU) – Perfeita convivência

Inicialmente, com base na MP nº 2.143-31/2001, foi criada a então denominada Corregedoria-Geral da União (CGU), órgão vinculado diretamente à Presidência da República e que, originariamente, tinha por objetivo combater a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público, no âmbito do Poder Executivo Federal.[154]

---

[152] Cf. ADI 2.117-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2000 (acórdão, DJ de 2003). Julgamento de mérito confirmando a liminar (unanimidade) proferido em 2014, DJE de 2014.

[153] De acordo com o art. 77, caput, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), os auditores, em número de 3, serão nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos que satisfaçam os requisitos exigidos para o cargo de ministro do TCU, mediante concurso público de provas e títulos, observada a ordem de classificação. Ainda, sobre os auditores, no mesmo diploma legal, cf.: art. 63, Lei nº 8.443/1992: "Os Ministros, em suas ausências e impedimentos por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal, serão substituídos, mediante convocação do Presidente do Tribunal, pelos auditores, observada a ordem de antiguidade no cargo, ou a maior idade, no caso de idêntica antiguidade. § 1º Os auditores serão também convocados para substituir ministros, para efeito de *quorum*, sempre que os titulares comunicarem, ao Presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a impossibilidade de comparecimento à sessão. § 2º Em caso de vacância de cargo de ministro, o Presidente do Tribunal convocará auditor para exercer as funções inerentes ao cargo vago, até novo provimento, observado o critério estabelecido no caput deste artigo".

[154] Cf. https://www.gov.br/cgu/pt-br.

O Decreto nº 4.177/2002 integrou a Secretaria Federal de Controle Interno e a Comissão de Coordenação de Controle Interno à estrutura da então Corregedoria-Geral da União, transferindo-lhe, também, as competências de Ouvidoria-Geral, à época vinculadas ao Ministério da Justiça.

A MP nº 103/2003, por sua vez, convertida na Lei nº 10.683/2003, alterou a denominação do órgão para Controladoria-Geral da União (CGU), passando a denominar o seu titular Ministro de Estado do Controle e da Transparência.

O Decreto nº 8.109/2013, por sua vez, aprovou a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remanejou cargos em comissão.

O art. 17, caput, da Lei nº 10.683/2003 estabeleceu a competência da Controladoria-Geral da União (CGU). Embora revogada pela Lei nº 13.502/2017, que renomeou o Ministério para "Transparência e Controladoria-Geral da União", foram mantidas as atribuições de controle, nos termos do art. 66, I, da Lei nº 13.502/2017.

Cabe anotar que a Lei nº 13.502/2017, em momento seguinte, foi revogada pela Lei nº 13.844/2019, que transformou o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União na Controladoria-Geral da União. Apesar da alteração, as atribuições de controle permanecem exatamente as mesmas na forma de seu art. 51, I, da Lei nº 13.844/2019: "constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União [dentre outras indicadas na lei], providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal".

Dessa forma, enquanto o TCU é órgão auxiliar do Congresso Nacional na realização do controle externo, a CGU é órgão auxiliar do Executivo Federal (Presidente da República) no cumprimento de sua missão constitucional de controle interno do patrimônio da União e fiscalização dos recursos públicos federais.

Isso posto, trazemos questão interessante que surgiu no STF em relação aos poderes e competências da CGU. Trata-se do RMS 25.943/DF (j. 2010), interposto contra ato do denominado Ministro de Estado do Controle e da Transparência, atualmente Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, que, por sorteio, diante da impossibilidade de se analisar todos, selecionou Municípios para auditar e fiscalizar a destinação dos recursos públicos federais, em razão de repasse.

No caso concreto, foi sustentado que, em verdade, a CGU não poderia auditar as contas do Município, já que seria atribuição exclusiva do TCU, nos termos do art. 71, VI, da CF/1988, que estabelece ser competência do Tribunal de Contas da União fiscalizar a

aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Contudo, o STF, por maioria, entendeu ser perfeitamente possível a convivência do controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU, com o controle interno de cada Poder, sendo, no caso do Executivo federal, implementado com o auxílio da CGU, órgão criado com o objetivo de otimizar o cumprimento do art. 70, da CF/1988 (cf. Inf. 610/STF).

9.15.3 Tribunais de contas estaduais e tribunal de contas do distrito federal

As normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União (TCU) aplicam-se, no que couber e por simetria, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (art. 75, caput, da CF/1988).

As regras sobre os Tribunais de Contas Estaduais deverão estar previstas na Constituição Estadual, com expressa menção de que o número de Conselheiros (e aqui não se fala em Ministros) deverá ser de 7, regra essa que deverá ser seguida, também, no âmbito do DF.

Nos termos da Súmula 653 do STF, "no Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do MP especial, e um terceiro à sua livre escolha", fazendo interpretação do art. 75, caput, da CF/1988, que estabeleceu o dever de observância de sua composição, no que couber, em relação às regras do TCU, que é composto por 9, e não 7 integrantes.

Convém lembrar que, segundo o art. 235, III, da CF/1988, nos 10 primeiros anos da criação de novo Estado, o Tribunal de Contas será inicialmente formado por 3 membros, nomeados pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber.

Em relação a esse bem delimitado processo de indicações, conforme estabeleceu o STF, "a determinação acerca de qual dos poderes tem competência para fazer a escolha dos membros dos tribunais de contas estaduais deve preceder à escolha da clientela sobre a qual recairá a nomeação" (ADI 3.688, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, Plenário, DJ de 2007. No mesmo sentido: ADI 374, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2012, Plenário; ADI 1.957, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, Plenário).

Assim, das 7 vagas, 4 serão escolhidas pelo Poder Legislativo e 3 pelo Poder Executivo (escolha fundada na separação de poderes). Trata-se de verdadeiras "cadeiras cativas" no sentido de que, se a vaga que surge for de indicação de um Poder, o outro não poderá

proceder à escolha para aquela "cadeira" (Joaquim Barbosa em seu voto na ADI 3.688). Só então, superada essa fase, será feita a indicação por cada Poder. A Assembleia Legislativa do Estado escolhe livremente (desde que preenchidos os requisitos) e o Governador do Estado escolhe um entre auditores, o outro entre membros do MP especial e um terceiro de livre escolha (nesse caso, como disse o Min. Marco Aurélio, a escolha é "motivada pela necessidade de conferir expertise e independência ao órgão" – RE 717.424).

Esse entendimento no sentido de prevalência da regra constitucional de escolhas entre os Poderes é tão firme na jurisprudência da Corte que tem sido reconhecida a possibilidade de o Tribunal de Contas Estadual, nesse período de transição pós-CF/1988 (já que, no regime anterior, a escolha era feita somente pelo Executivo), poder ficar sem a presença de membro do Ministério Público de Contas até que surja a vaga entre os que foram escolhidos pelo Executivo, não podendo retirar o direito de escolha pertencente ao Legislativo.

Nesse sentido, a atual composição do STF se posicionou, muito embora em votação apertada (5 x 4 – não votaram dois Ministros: a) Min. Roberto Barroso por ter declarado suspeição; b) Min. Joaquim Barbosa, aposentado e sem a indicação de novo Ministro para a sua vaga), no julgamento do RE 717.424 (j. 2014).

Como disse o Min. Marco Aurélio em seu voto, "o Supremo, enfrentando o tema em diversos julgamentos, proclamou que prevalece a regra constitucional de divisão proporcional das indicações entre os Poderes Legislativo e Executivo, e ao inerente critério da "vaga cativa", sobre a obrigatória indicação de clientelas específicas pelos Governadores. O Tribunal definiu tratar-se de regras sucessivas: primeiro, observa-se a proporção de escolhas entre os poderes para, apenas então, cumprirem-se os critérios impostos ao Executivo, não havendo exceção a tal sistemática, nem mesmo em razão da ausência de membro do Ministério Público Especial. Isso significa que o atendimento da norma quanto à distribuição de cadeiras em favor de auditores e do Ministério Público somente pode ocorrer quando surgida vaga pertencente ao Executivo, não se mostrando legítimo sacrifício ao momento e ao espaço de escolha do Legislativo. Nem mesmo a necessidade de equacionar regimes de transição, segundo a jurisprudência do Supremo, justifica o abandono dess*a priori*dade".

Ainda, a jurisprudência do STF é firme no sentido de que, o art. 75, caput, c/c o art. 73, § 3º, da CF/1988, os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Estados e do DF terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores dos TJs, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40, da CF/1988 (ADI 4.190, j. 2010).

Finalmente, já alertamos, as Cortes de Contas (todas elas em seus âmbitos) gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui a iniciativa reservada para "instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento,

como resulta da interpretação sistemática dos art. 73, art. 75 e art. 96 da CF/1988" (ADI 4.418-MC, j. 2010; e ADI 1.994, j. 2006).

Assim, por exemplo, compete ao Tribunal de Contas do Estado (art. 96, da CF/1988) propor ao respectivo Poder Legislativo (iniciativa reservada) projetos de Lei para criação e extinção de cargos, remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como fixação do subsídio de seus membros.

9.15.4 Tribunais de contas municipais

De acordo com o art. 75, caput, da CF/1988, as normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União (TCU) também se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O art. 31, § 4º, da CF/1988, veda a criação de Tribunais, Conselhos ou Órgãos de Contas Municipais. No entanto, e de maneira aparentemente paradoxal, no art. 31, § 1º, da CF/1988, dispõe que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Daí a única conclusão a que podemos chegar é que, após a promulgação, da CF/1988, veda-se a criação de Tribunais de Contas Municipais. No entanto, os que existiam à época deverão permanecer em funcionamento. Foi o que aconteceu, por exemplo, com os Tribunais de Contas dos Municípios do Rio de Janeiro (constituído em 1980) e de São Paulo (TCM/SP, criado pela Lei nº 7.213/1968, composto, a título de curiosidade, por 5 Conselheiros).

Essa nossa perspectiva de "dever" continuar funcionando foi mitigada pelo STF, que estabeleceu ser possível a extinção de Tribunal de Contas dos Municípios por emenda constitucional estadual, transferindo-se as suas competências para o Tribunal de Contas do Estado (ADI 5.763, Plenário, j. 2017).

Conforme informado, "os Estados, considerada a existência de tribunal de contas estadual e de tribunais de contas municipais, podem optar por concentrar o exame de todas as despesas em apenas um órgão, sem prejuízo do efetivo controle externo. O meio adequado para fazê-lo é a promulgação de norma constitucional local" (Inf. 883/STF, pendente a publicação do acórdão).

Os Tribunais de Contas Municipais (onde houver) e Estaduais também auxiliarão o Legislativo (Câmara Municipal) a exercer o controle das contas do Executivo.

Na hipótese de auxílio a ser prestado à Câmara dos Vereadores pelo Tribunal de Contas Estadual, o STF vem considerando a possibilidade de ser instituído no Município um Tribunal de Contas que, embora atue naquele Município específico como Tribunal de Contas, é órgão Estadual. Nesse sentido:

“EMENTA: Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, § 4º, da CF/1988), mas permite que os Estados-membros, mediante autônoma deliberação, instituam órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (art. 31, § 1º, da CF/1988). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (art. 31, § 1º, da CF/1988) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (art. 31, § 1º, da CF/1988), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (art. 71, II, c/c o art. 75, da CF/1988)” (ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1995, Plenário, DJ de 2006).

O controle externo das contas do Prefeito será realizado pela Câmara Municipal, auxiliada pelo Tribunal de Contas Municipal – TCM (onde houver) ou pelo Tribunal de Contas Estadual (se inexistir, naquele Município, o municipal) ou por eventual Tribunal de Contas do Município, instituído para funcionar naquela localidade, apesar de órgão estadual.

O Tribunal de Contas (art. 31, § 2º, da CF/1988) emitirá parecer técnico prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito, podendo ser rejeitado pela Câmara Municipal pelo voto de 2/3 de seus membros.

A Corte, em votação bastante apertada (6 x 5), ao analisar a literalidade do art. 31, § 2º, da CF/1988, que estabelece que o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas “só deixará de prevalecer” por decisão de 2/3 do Parlamento, fixou a seguinte tese (a partir do que denominou interpretação sistêmica da referida expressão): “O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo” (RE 729.744, Plenário, j. 2016).

Mas um ALERTA: em outro julgado, em momento seguinte, decidiu o STF que, apesar de o parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas ter natureza meramente opinativa, a sua emissão é imprescindível.

A Corte, ao analisar a expressão contida na parte final do art. 68, XII, da CE-SE, “que permite que as Câmaras Legislativas apreciem as contas anuais prestadas pelos prefeitos, independentemente do parecer do Tribunal de Contas do Estado, caso este não o ofereça em

180 dias a contar do respectivo recebimento", declarou essa dispensa inconstitucional, por ofensa ao art. 31, § 2º, da CF/1988.

Conforme informado, o parecer prévio a ser emitido pela Corte de Contas deve ser entendido como imprescindível, "só deixando de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal" (Inf. 847/STF, ADI 3.077, Plenário, j. 2016).

Ainda, o pleno do STF, por maioria, também estabeleceu que, "para os fins do art. 1º, I, "g", da LC nº 64/1990, alterado pela LC nº 135/2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores" (RE 848.826, Plenário, j. 2016).

Assim, explicitando, o controle a ser exercido pelo parlamento deve se dar tanto em relação às contas de governo como às de gestão. Vejamos a distinção, nos termos do voto do Min. Barroso:

• Contas de governo: também denominadas "contas de desempenho" ou "de resultado", relacionam-se ao cumprimento do orçamento dos planos e programas de governo. Referem-se à atuação do chefe do Poder Executivo como agente político (Inf. 834/STF, pendente a publicação do acórdão);

• Contas de gestão: também denominadas "contas de ordenação de despesas", permitem "o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que comporia a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade". Para o Min. Barroso, o julgamento dessas contas caberia, apenas e de modo definitivo, ao Tribunal de Contas, na forma do art. 71, II, da CF/1988.

CUIDADO: essa proposta, contudo, ficou vencida. Para a maioria da Corte – e assim está estabelecido na tese de julgamento –, "a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores" (Inf. 834/STF).

Dessa forma, o parecer negativo do Tribunal de Contas não tem efeito imediato, não é permanente e não vincula o Poder Legislativo no exercício do controle externo das contas do Chefe do Executivo. Trata-se, ao contrário, de manifestação meramente opinativa que impede a caracterização da inelegibilidade introduzia pela "lei da ficha limpa" (art. 1º, I, "g", da LC nº 64/1990), mesmo que o parlamento demore a julgar as contas.

Contudo, conforme ficou ressalvado, "no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa" (RE 848.826, j. 2016 – Inf. 834/STF).

9.15.5 Ministério Público Especial (art. 130, da CF/1988)

E os membros do MP junto ao Tribunal de Contas devem pertencer a carreira específica ou podem ser "aproveitados" da carreira do Ministério Público?

O STF já decidiu que "... somente o Ministério Público especial tem legitimidade para atuar junto às Cortes de Contas dos Estados-membros, e que a organização e a composição destas se submetem ao modelo jurídico estabelecido na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados-membros..." (ADI 3.192/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006, cf. Inf. 428/STF). Assim, não se admitiu que membros do MP estadual fossem "aproveitados" para atuar junto ao TCE. Reforçou-se a ideia de estabelecimento de carreira específica do MP especial junto ao Tribunal de Contas.

A matéria está bastante pacificada;[155] portanto, pode-se afirmar que os Procuradores das Cortes de Contas são a elas ligados administrativamente, não podendo aproveitar os membros do Ministério Público comum.

Em interessante julgado, o STF entendeu que "a conversão automática dos cargos de Procurador do Tribunal de Contas dos Municípios para os de Procurador de Justiça – cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos" ofende os art. 37, II, art. 73, § 2º, I, e art. 130, da CF/1988 (ADI 3.315, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, DJE de 2008).

Interessante destacar, ainda, que, no julgamento da Consulta nº 0.00.000.000843/2013-39, formulada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) entendeu que o Ministério Público de Contas (MPC) e seus membros estão sujeitos ao seu controle administrativo, financeiro e disciplinar:

"Consulta respondida positivamente para reconhecer ao Ministério Público de Contas a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro e, em consequência, a competência do CNMP para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos respectivos membros e pela garantia da autonomia administrativa e financeira das unidades, controlando os atos já praticados de forma independente em seu âmbito, e adotando medidas tendentes a consolidar a parcela de autonomia de que ainda carecem tais órgãos" (j. 2013 – tema pendente de análise pelo STF).

Apesar da resposta dada pelo CNMP, muito embora tenha sido afirmado que o MPC apresenta natureza jurídica de órgão do MP brasileiro, não poderá haver o aproveitamento de membros de uma carreira na outra, como já vinha decidindo o STF.

---

[155] Cf. RTJ 176/540-541; RTJ 176/610-611; RTJ 184/924; ADI 263/RO (DJ de 1990); ADI 1.545/SE (DJ de 1997); ADI 3.192/ES (DJ de 2006); RTJ 194/504-505; ADI 2.378/GO (DJ de 2007); ADI 1.791/PE (DJ de 2001); ADI 3.160 (Inf. 485/STF, 2007).

A discussão sobre a natureza jurídica deverá ser enfrentada pelo STF, destacando que o art. 130, da CF/1988, estabelece que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições no Título IV, Capítulo IV, Seção I (art. 127 ao art. 129, da CF/1988), pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura, apesar de o art. 128, da CF/1988, não inserir em sua abrangência, ao menos formalmente, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) (tema pendente).

Nesse contexto, a partir da decisão acima referida, foi encaminhada ao Senado Federal a PEC nº 42/2013, com o objetivo de "incluir o MPC e seus Membros na "jurisdição" do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP".

CUIDADO: respondendo a Ofício encaminhado pelo relator da matéria no Senado Federal, o CNMP apresentou a Nota Técnica nº 5/2015 revendo o seu posicionamento e só admitindo a competência do CNMP se houver na referida PEC (e, portanto, a modificação da Constituição) a inclusão do MPC no art. 128, da CF/1988, deixando claro tratar-se de órgão do Ministério Público e, assim, sujeito ao controle do Conselho (cf. item 12.2.11).

10 PODER EXECUTIVO

Sumário: 10.1 Notas introdutórias 10.2 Presidencialismo versus parlamentarismo 10.3 Executivo monocrático, colegial, diretorial e dual – Conceito 10.4 O poder executivo na CF/1988

10.1 Notas introdutórias

Exercendo funções típicas, o órgão executivo, como já visto, pratica atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Atipicamente, o Executivo legisla, por exemplo, via medida provisória (art. 62, da CF/1988) e julga, no "contencioso administrativo", exercido em caso de defesa de multa de trânsito, do IPEM, da SEMAB, TIT etc.

O sistema de governo adotado pela CF/1988, mantido pelo plebiscito previsto no art. 2º, do ADCT, é o presidencialista, influenciado, historicamente, pela experiência norte-americana. Trata-se, inclusive, de tradição do direito constitucional pátrio, vivenciada durante toda a República, com exceção do período de 1961 a 1963. Como se recorda, a EC nº 4/1961, à Constituição de 1946, instituiu o parlamentarismo, sendo revogada pela EC nº 6/1963, restauradora do regime presidencialista, tendo em vista o resultado do referendo realizado em 6 de janeiro de 1963, que decidiu pelo retorno ao presidencialismo.

10.2 Presidencialismo versus parlamentarismo

No sistema presidencialista, as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo encontram-se nas mãos de uma única pessoa, o Presidente da República. Já no parlamentarismo, a função de Chefe de Estado é exercida pelo Presidente da República (República parlamentarista) ou Monarca (Monarquia parlamentarista), enquanto a função de Chefe de Governo, pelo Primeiro-Ministro, chefiando o Gabinete. Vejamos algumas outras características:

• presidencialismo: criação norte-americana; eleição do Presidente da República pelo povo, para mandato determinado; ampla liberdade para escolher os Ministros de Estado, que o auxiliam e podem ser exonerados *ad nutum*, a qualquer tempo;

• parlamentarismo: produto de longa evolução histórica; adquiriu os contornos atuais no final do século XIX, recebendo forte influência inglesa; o Primeiro-Ministro, que é quem exerce, de fato, a função de Chefe de Governo, é apontado pelo Chefe de Estado, só se tornando Primeiro-Ministro com a aprovação do Parlamento; o Primeiro-Ministro, também, não exerce mandato por prazo determinado, pois poderá ocorrer a queda de governo por dois

motivos, a saber: se perder a maioria parlamentar pelo partido a que pertence, ou através do voto de desconfiança; possibilidade de dissolução do Parlamento, declarando-se extintos os mandatos pelo Chefe de Estado e convocando-se novas eleições.

CONCLUSÃO: no presidencialismo fica mais bem caracterizada a separação de funções estatais. Isso porque, diz Michel Temer, "no parlamentarismo verifica-se o deslocamento de uma parcela da atividade executiva para o Legislativo. Nesse particular fortalece-se a figura do Parlamento que, além da atribuição de inovar a ordem jurídica em nível imediatamente infraconstitucional, passa a desempenhar, também, função executiva".[1]

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva, identificando uma nova visão da teoria da separação dos poderes, bem como novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, "... prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes".[2]

10.3 Executivo monocrático, colegial, diretorial e dual – Conceito

Como anota José Afonso da Silva, "Maurice Duverger mostra que o Executivo reveste na prática formas as mais diversas, encontrando-se executivo monocrático (Rei, Imperador, Ditador, Presidente), executivo colegial (para ele, é o exercido por dois homens com poderes iguais, como os cônsules romanos), executivo diretorial (grupo de homens em comitê, como era na Ex-URSS e ainda é na Suíça) e executivo dual (próprio do parlamentarismo, um Chefe de Estado e um Conselho de Ministros, ou seja, um indivíduo isolado e um comitê)".[3]

Podemos afirmar, então, que o art. 76, da CF/1988 consagra a figura, segundo Duverger, de um executivo monocrático, na medida em que as funções de Chefe de Estado e de Governo são exercidas por um só indivíduo, no caso o Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

10.4 O poder executivo na CF/1988

---

[1] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

[2] Conforme anotou José Afonso da Silva, em outra passagem, o texto de 1988 foi inicialmente aprovado sem a cláusula que está explícita no art. 2º, da CF/1988, que estabelece serem os 3 "poderes" da União "independentes e harmônicos entre si". O motivo, conforme explica, era estar sendo adotado, em um primeiro momento, o parlamentarismo, "... que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente". A referida cláusula (de harmonia e independência), portanto, mostra-se muito mais adequada e conveniente no presidencialismo. "Como, no final, este é que prevaleceu, na Comissão de Redação o Prof. e então Dep. Michel Temer sugeriu a reinserção da regra da harmonia e independência que figura no art. 2º, da CF/1988..." (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.).

[3] *Ibid.*

10.4.1 O exercício do poder executivo no brasil

10.4.1.1 Âmbito federal

O Poder Executivo no Brasil, estabelece o art. 76, da CF/1988, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Como visto, há um acúmulo do exercício das funções de Chefe de Estado e de Governo na figura de uma única pessoa, no caso, o Presidente da República. As regras serão detalhadas individualmente. Antes, porém, teceremos alguns comentários sobre o executivo estadual, distrital, municipal e dos Territórios Federais.

10.4.1.2 Âmbito estadual

Em âmbito estadual, o Poder Executivo é exercido pelo Governador de Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado, sendo substituído (no caso de impedimento) ou sucedido (no caso de vaga), pelo Vice-Governador, com ele eleito, observando-se algumas outras regras:

• eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado: será realizada no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em 1º de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77, da CF/1988 (art. 28, caput, da CF/1988);

• mandato: o mandato é de 4 anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente (art. 28, caput, c/c o art. 14, § 5º, da CF/1988);

• perda do mandato: perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V, da CF/1988 (art. 28, § 1º, da CF/1988);

• subsídios do Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado: o subsídio do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado será fixado por Lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observado o que dispõem os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III, § 2º, I, da CF/1988 (art. 28, § 2º, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 19/1998).

10.4.1.3 Âmbito distrital

• eleição: o art. 32, § 2º, da CF/1988, dispõe que a eleição do Governador e do Vice-Governador do DF, observadas as regras do art. 77, da CF/1988, coincidirá com a dos Governadores Estaduais;

• mandato: 4 anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente (art. 32, § 2º, c/c o art. 14, § 5º, da CF/1988).

10.4.1.4 Âmbito municipal

O art. 29, I ao III, da CF/1988, fixa as seguintes regras sobre o Poder Executivo municipal:

• eleição: do Prefeito, do vice-Prefeito, para mandato de 4 anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, da CF/1988, no caso de Municípios com mais de 200 mil eleitores, sendo permitida a reeleição para um único período subsequente (art. 14, § 5º, da CF/1988);

• posse: do Prefeito e do Vice-Prefeito em 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;

• perda do mandato: perderá o mandato o Prefeito que assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V, da CF/1988 (art. 28, § 1º, da CF/1988 – primitivo parágrafo único, transformado em § 1º pela EC nº 19/1998 –, c/c o art. 29, XIV, da CF/1988 – inciso renumerado pela EC nº 1/1992).

10.4.1.5 Âmbito dos territórios federais

A direção dos Territórios Federais dar-se-á por Governador, nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (cf. art. 33, § 3º, art. 52, III, "c" e art. 84, XIV, da CF/1988).

10.4.2 Atribuições conferidas ao presidente da república

10.4.2.1 Regras gerais do art. 84, da CF/1988

O art. 84, da CF/1988, atribui ao Presidente da República competências privativas, tanto de natureza de Chefe de estado (representando a República Federativa do Brasil nas relações internacionais e, internamente, sua unidade, previstas no art. 84, VII, VIII e XIX[4], da CF/1988) como de Chefe de Governo (prática de atos de administração e de natureza

[4] Lembramos que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/1988 (art. 5º, XLVII, "a", da CF/1988)

política – estes últimos quando participa do processo legislativo – conforme se percebe pela leitura das atribuições previstas no art. 84, I ao VI, IX ao XVIII e XX ao XXVII, da CF/1988).

Em razão da incidência nos concursos, sugerimos uma leitura atenta das atribuições previstas no art. 84, da CF/1988, que, ao regular a matéria, dispõe ser competência privativa do Presidente da República:

• I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;

• II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

• III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição (cf. art. 61, § 1º, da CF/1988);

• IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

• V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente (cf. art. 66, da CF/1988);

• VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

• VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

• VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (cf. art. 49, I, da CF/1988);

• IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio (cf. art. 136 ao art. 141, da CF/1988);

• X – decretar e executar a intervenção federal (cf. art. 34, da CF/1988);

• XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

• XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

• XIII – exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos (cf. art. 142, da CF/1988);

• XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal (sabatina), os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;

• XV – nomear, observado o disposto no art. 73, da CF/1988, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

• XVI – nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

• XVII – nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII, da CF/1988;

• XVIII – convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

• XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

• XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

• XXI – conferir condecorações e distinções honoríficas;

• XXII – permitir, nos casos previstos em Lei Complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (cf. LC nº 90/1997 com as alterações introduzidas pela LC nº 149/2015);

• XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de Lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

• XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

• XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma, da lei;

• XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62, da CF/1988;

• XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

10.4.2.2 Regras específicas decorrentes do art. 84, da CF/1988

Diante dessas informações, surgem duas indagações:

• as atribuições conferidas ao Presidente da República estão taxativamente previstas no art. 84?

• poderiam elas ser delegadas?

Respondendo à primeira pergunta, devemos dizer que o rol do art. 84, da CF/1988, é meramente exemplificativo, pois, conforme o art. 84, XXVII, da CF/1988, compete privativamente ao Presidente da República exercer não só as atribuições definidas nos incisos precedentes bem como outras previstas na CF/1988.

No tocante à segunda pergunta, devemos respondê-la afirmativamente. No entanto, resta observar que o Presidente da República somente poderá delegar as atribuições previstas no art. 84, VI, XII e XXV, primeira parte, da CF/1988, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, devendo todos observar os limites traçados nas respectivas delegações (cf. art. 84, parágrafo único, da CF/1988), quais sejam, as atribuições de:

• dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

• dispor, mediante decreto, sobre a extinção de funções ou de cargos públicos, quando vagos;

• conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

• prover os cargos públicos federais, na forma, da Lei.

Em relação a esta última atribuição, havendo delegação para prover cargos, a dúvida surge em saber se essa autorização abrangeria, também, a atribuição para desprover cargos, praticando-se atos demissionários de servidores públicos.

Por exemplo, indaga-se se seria possível determinado Ministro de Estado, por meio de portaria, havendo delegação nos termos do art. 84, parágrafo único, da CF/1988, após procedimento administrativo, no qual se assegurou o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, aplicar a pena de demissão a servidor público?

Sim.

Conforme anotou o Min. Ayres Britto, "aqui se aplica a regra elementar de que quem tem competência para nomear também tem para "desnomear", chamemos assim, apliquemos o neologismo" (voto no RMS 24.619). Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência do STF:

"EMENTA: 1. Demissão: ocupante do cargo de Policial Rodoviário Federal: processo administrativo disciplinar que se desenvolveu validamente, assegurados ao acusado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. 2. Presidente da República: competência para prover cargos públicos (art. 84, XXV, primeira parte, da CF/1988), que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto, é suscetível de delegação a Ministro de Estado (art. 84, parágrafo único, da CF/1988): validade da Portaria nº do Ministro de Estado que – à luz do Decreto nº 3.035/1999, cuja constitucionalidade se declara – demitiu o recorrente" (MS 24.128, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2005, Plenário, DJ de 2005).[5]

Para se ter um exemplo sobre o tema em análise, destacamos o Decreto nº 3.035/1999 pelo qual o Presidente da República delegou competência para a prática dos atos que menciona aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, e dá outras providências.

Finalmente, por simetria, o mesmo raciocínio deve ser aplicado no âmbito estadual. Na medida em que a atribuição para demissão de servidor público estadual é do Governador do Estado, o STF vem admitindo a delegação dessa atribuição para Secretário de Estado. Vejamos:

---

[5] No mesmo sentido: RMS 24.079, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2002, 1ª T. DJ de 2002; RMS 25.367, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2005, 1ª T. DJ de 2005; RMS 24.619, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, 2ª T. DJE de 2011; AI 725.590-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2011, 2ª T. DJE de 2011.

"EMENTA: 1. – Esta Corte firmou orientação no sentido da legitimidade de delegação a Ministro de Estado da competência do Chefe do Executivo Federal para, nos termos do art. 84, XXV, e parágrafo único, da CF/1988, aplicar pena de demissão a servidores públicos federais. 2. – Legitimidade da delegação a secretários estaduais da competência do Governador do Estado de Goiás para [...] aplicar penalidade de demissão aos servidores do Executivo, tendo em vista o princípio da simetria. Precedentes" (RE 633.009-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2011, 2ª T., DJE de 2011).

10.4.2.3 O poder regulamentar e a realidade dos denominados "decretos autônomos"

Passamos agora, dada a importância, a comentar o art. 84, IV, da CF/1988, que atribui competência privativa ao Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Trata-se do poder regulamentar, que se perfaz mediante decretos regulamentares. Como regra geral, o Presidente da República materializa as competências do art. 84, da CF/1988, por decretos. É o instrumento através do qual se manifesta. No tocante às leis, algumas são autoexecutáveis. Outras precisam de regulamento para que seja dado fiel cumprimento aos seus preceitos. Para tanto, são expedidos os decretos regulamentares.

Neste ponto, devemos enfrentar questão tormentosa: poderiam existir decretos autônomos, independentes de Lei preexistente?

Sabe-se que o conteúdo e a amplitude do regulamento devem sempre estar definidos em lei, subordinando-se aos preceitos nela previstos. Quando o regulamento extrapolar a lei, padecerá de vício de legalidade,[6] podendo, inclusive, o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V, da CF/1988).

Isso porque, ao contrário, da Lei, fonte primária do direito, o regulamento se caracteriza como fonte secundária. Outro entendimento feriria o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da CF/1988, bem como o princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º, da CF/1988, e elevado à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CF/1988), uma vez que a expedição de normas gerais e abstratas é função típica do legislativo. Quando o

[6] Nesse sentido, pacífico o entendimento do STF dizendo não caber controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas de legalidade, de modo difuso. Vejamos a EMENTA: "Já se firmou o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra norma reguladora de Lei que é atacada por ir além do disposto na Lei regulamentada ou contra ela, porquanto nesse caso se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. Ação de inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de liminar" (ADI 1.866- DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1998, Plenário, DJ de 1999).

constituinte originário atribui função atípica de natureza legislativa ao Executivo, ele o faz de modo expresso, por exemplo, no art. 62, da CF/1988 (medidas provisórias).

Apesar de grande parte da doutrina manifestar-se pela inexistência de acolhida constitucional dos regulamentos autônomos, o STF não desconhece essa realidade e admite, até mesmo, o controle por ADI genérica, na hipótese de Decreto autônomo revestido de indiscutível conteúdo normativo.[7]

Entendemos que, a partir do advento, da EC nº 32/2001, que modificou a redação dada ao art. 84, VI, da CF/1988, passamos a ter exemplos factíveis de Decreto autônomo. Nesse sentido:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de Lei inconstitucional. Caráter residual de Decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de Decreto que, dando execução à Lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 5º, da Lei nº1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de Lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos art. 61, § 1º, II, "a", e art. 84, VI, "a", da CF/1988. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a Lei que autorize o chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe deem execução" (ADI 3.232, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2008, Plenário, DJE de 2008). No mesmo sentido: ADI 3.983 e ADI 3.990. Cf. Inf. 515/STF.

10.4.3 Condições de elegibilidade

As condições de elegibilidade definidas pela CF/1988 para o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República[8] são:

- ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, I, da CF/1988);
- estar no pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, II, da CF/1988);
- alistamento eleitoral (art. 14, § 3º, III, da CF/1988);

---

[7] Nesse sentido, podemos citar alguns precedentes nos quais o STF reconheceu a existência de decretos autônomos passíveis de controle por meio de ADI genérica: ADI 2.439/MS, DJU de 2002; ADI 2.155-MC/PR; ADI 3.673-MC, DJ de 2006; ADI-MC 309, DJ de 1992; ADI-MC 519, DJ de 1991; ADI-MC 1.590, DJ de 1997; ADI 1.396, DJ de 1998; ADI-MC 435, DJ de 1999; ADI-MC 3.936, DJ de 2007; ADI 3.389, DJ de 2006; ADI 1.308-RS, DJ de 2004; ADI 2.458-AL, DJ de 2003.

[8] O art. 77, § 1º, da CF/1988, estabelece que "a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado"

• domicílio eleitoral na circunscrição (art. 14, § 3º, IV, da CF/1988);
• filiação partidária (art. 14, § 3º, V, e art. 77, § 2º, da CF/1988);
• idade mínima de 35 anos (art. 14, § 3º, VI, "a", da CF/1988);
• não ser inalistável nem analfabeto (art. 14, § 4º, da CF/1988);
• não ser inelegível nos termos do art. 14, § 7º, da CF/1988.

10.4.4 Processo eleitoral

As regras para a eleição do Presidente e Vice-Presidente da República estão previstas no art. 77, da CF/1988.

A data da eleição já está previamente fixada no art. 77, caput, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 16/1997, qual seja, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

Não haverá segundo turno se o candidato à Presidência da República (juntamente com o Vice-Presidente) for eleito em primeiro turno, o que se dá quando obtém a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

Na hipótese de nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição no último domingo de outubro do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito, agora em segundo turno, aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.[9]

Havendo necessidade de segundo turno, se antes de realizado ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação (e não o Vice do referido candidato). Nesta hipótese, havendo empate em segundo lugar, ou seja, se dentre os remanescentes houver dois candidatos com a mesma votação, o desempate será empreendido levando-se em consideração a idade, sendo chamado o mais idoso (cf. art. 77, § 3º e § 4º, da CF/1988).

10.4.5 Posse e mandato

[9] O art. 77, caput, da CF/1988, com a redação atribuída pela EC nº 16/1997, determinou que a eleição presidencial se faça no primeiro e último domingos de outubro, em primeiro e segundo turnos (quando houver segundo turno), do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente. Acontece que os parlamentares se esqueceram de alterar, também, o art. 77, § 3º, da CF/1988, que determina que a eleição em segundo turno seja feita vinte dias após a proclamação do resultado do primeiro turno, na hipótese de nenhum candidato ter alcançado a maioria absoluta na primeira votação. Pois bem, nesse confronto deverá prevalecer a data definida no art. 77, caput, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 16/1997 (segundo turno, quando houver, no último domingo de outubro), mantendo-se o *quorum* definido no aludido art. 77, § 3º, da CF/1988, na medida em que se trata de definição posterior, sem ferir qualquer dos limites colocados à manifestação do poder constituinte derivado reformador, que alterou o art. 77, da CF/1988.

Eleito o Presidente da República, juntamente com o Vice-Presidente (art. 77, § 1º, da CF/1988), tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição,[10] observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil (art. 78, da CF/1988).

O mandato do Presidente da República é de 4 anos, tendo início em 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição (art. 82, da CF/1988), sendo atualmente, em decorrência, da EC nº 16/1997, permitida a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, dos Prefeitos e de quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos (art. 14, § 5º, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 16/1997).[11]

10.4.6 Impedimento e vacância dos cargos

10.4.6.1 Sucessor e substituto natural do presidente da república: vice-presidente

EXECUTIVO – impedimento e vaga	
• Art. 79, da CF/1988. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento (temporário), e suceder-lhe-á no caso de vaga (definitivo), o Vice-Presidente	
Vaga	Impedimento
↓	↓
• Cassação	• Doença
• Renúncia	• Viagem
• Morte	• Férias

O Presidente da República será sucedido pelo Vice-Presidente no caso de vaga, ou substituído, no caso de impedimento (art. 79, da CF/1988). A vacância nos dá uma ideia de impossibilidade definitiva para assunção do cargo (cassação, renúncia ou morte), enquanto a substituição tem caráter temporário (por exemplo: doença, viagem, férias etc.). Assim, tanto

[10] Como veremos, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição, nos exatos termos do art. 85, caput, da CF/1988.

[11] Originalmente, o art. 82, da CF/1988, definia o mandato presidencial em 5 anos. Através, da ECR nº 5/1994, o mandato passou a ser de 4 anos, sendo, contudo, vedada a reeleição para o período subsequente. Posteriormente, a EC nº 16/1997, mantendo o período do mandato em 4 anos, inovou permitindo a reeleição para um único período subsequente não só para o Presidente da República como também para Governadores e Prefeitos, ou quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos.

na vacância como no impedimento, o Vice-Presidente assumirá o cargo, na primeira hipótese, até final do mandato e, no caso de impedimento, enquanto este durar.

Na hipótese de vacância do cargo de Presidente da República, ou seja, quando o Vice assume de modo definitivo, não haverá eleição de novo Vice. Aquele que foi eleito com o Presidente passa a ser o Presidente de fato e de direito, e, havendo necessidade de sua substituição, deverá ser observada a regra do art. 80, da CF/1988, qual seja, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Podemos afirmar, então, que o Vice-Presidente da República aparece como o sucessor e o substituto natural do Presidente da República e, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por Lei Complementar, auxiliará o Presidente, sempre que for por ele convocado para missões especiais (art. 79, parágrafo único, da CF/1988).

O art. 77, § 1º, da CF/1988, estabelece que "a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado". Por esse motivo a preocupação normativa de sempre se dar destaque, também, para o Vice, que será eleito juntamente – e aí a noção de implicabilidade – com o Presidente. Ao se votar no Presidente, automaticamente estará sendo votado no Vice. Por isso a relevância de sua análise.

Analisando as Constituições anteriores, é interessante observar que a figura do Vice-Presidente nem sempre refletiu as disposições fixadas na atual Constituição, assumindo, em alguns momentos, uma posição verdadeiramente supérflua ou insignificante. Vejamos:

• CF/1891: o art. 32, da CF/1891, estabelecia, influenciado pela Constituição dos Estados Unidos, que o Vice-Presidente da República era Presidente do Senado, onde só tinha voto de qualidade, ou seja, o voto de desempate, também chamado de "voto de minerva".

• CF/1934 e CF/1937: não previram a figura do Vice-Presidente.

• CF/1946: restabeleceu o sistema de Constituição da CF/1891 ao prescrever, em seu art. 61, da CF/1946, que o Vice-Presidente da República exerceria as funções de Presidente do Senado Federal, onde só tinha voto de qualidade.

• CF/1967: de acordo com o art. 79, § 2º, da CF/1967, o Vice-Presidente exercia as funções de Presidente do Congresso Nacional, tendo somente voto de qualidade, além de outras atribuições que lhe fossem conferidas em Lei Complementar.

• EC nº 4/1961: ao instituir o sistema parlamentar de governo, de modo expresso, extinguiu o cargo de Vice-Presidente da República (art. 23, da EC nº 4/1961).

• EC nº 6/1963: ao restabelecer o sistema presidencial de governo instituído pela CF/1946, resgatou a figura do Vice-Presidente da República (art. 2º, da EC nº 6/1963).

• EC nº 1/1969: estabeleceu as mesmas regras para o Vice que estão prescritas no art. 79, parágrafo único, da CF/1988.

• CF/1988: o Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por Lei Complementar (ainda não editada), auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais. Ainda, expressamente, participa do Conselho da República (art. 89, da CF/1988) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, da CF/1988). Deve preencher os mesmos requisitos de elegibilidade do Presidente da República (art. 12, § 3º, I; art. 14, § 3º, II, III, IV, V, VI, "a"; § 4º e § 5º, da CF/1988) e será remunerado por subsídio, fixado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional (art. 49, VIII, da CF/1988). Há previsão de responsabilização criminal e política, assim como prerrogativa de foro no STF (art. 51, I, art. 52, II e art. 102, I, "b", da CF/1988).

Na história recente do Brasil lembramos, para exemplificar, a sucessão (definitiva) do cargo de Presidente da República pelo então Vice-Presidente José Sarney, em 1985, em razão da morte de Tancredo Neves, tendo sido o primeiro Governo Civil após o movimento militar de 1964; a sucessão por Itamar Franco, em 1992, empossado em razão da vacância do cargo de Fernando Collor, que, formalmente, renunciou, após a autorização da abertura do processo de impeachment pela Câmara dos Deputados, e, em 2016, a sucessão de Michel Temer em razão de ter entendido o Senado Federal que a então Presidente da República Dilma Rousseff cometeu crimes de responsabilidade "consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem a autorização do Congresso Nacional" (61 votos pela condenação contra 20, dos 81 Senadores), impondo-se, então, a sanção de perda do cargo.

10.4.6.2 Substitutos eventuais ou legais

Pode haver um impedimento temporário tanto do Presidente como do Vice-Presidente da República, quando, por exemplo, ausentarem-se do País.

Ainda, é possível pensar em vaga de ambos os cargos. Imaginemos, em tese, apenas para fins didáticos, uma tragédia, por exemplo, a morte do Presidente e do Vice-Presidente. Nesse caso, os cargos serão declarados vagos.

O cargo também será declarado vago, tanto do Presidente como do Vice-Presidente, se deixarem de assumi-lo no prazo de 10 dias contados da data fixada para a posse, qual seja, 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição (art. 82, da CF/1988), salvo motivo de força maior (art. 78, parágrafo único, c/c o art. 79, caput, da CF/1988).

Já estudamos que, ocorrendo impedimento ou vaga do cargo de Presidente da República, assumirá o Vice-Presidente, de modo temporário ou definitivo, neste caso, completando o mandato (sucessor, assumindo a titularidade do cargo).

E em caso de impedimento, tanto do Presidente como do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos? Quem deverá assumi-los? Por qual período?

De acordo com o art. 80, da CF/1988, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência,[12] nas hipóteses de impedimento do Presidente e do Vice ou de vacância dos respectivos cargos:

• o Presidente da Câmara dos Deputados;

• o Presidente do Senado Federal;

• o Presidente do STF.

Trata-se do que poderíamos chamar de substitutos eventuais ou legais. Havendo impedimento do Presidente e do Vice-Presidente da República, por exemplo, em virtude de viagem de ambos, referidos substitutos eventuais assumem até o motivo do impedimento cessar.

Um exemplo interessante foi a assunção pelo então Presidente do STF, Min. Marco Aurélio de Mello, que, de maneira bastante significativa, no exercício da Presidência, sancionou a Lei nº 10.461/2002, a qual, modificando a Lei nº 8.977/1995 ("Lei do Cabo"), criou a TV Justiça, com sede no STF, em Brasília, que entrou no ar em 11.08.2002 e vem prestando relevante papel para toda a sociedade.[13]

Observar, contudo, que a assunção do cargo por referidas autoridades (ao contrário do que ocorre no caso da vacância do cargo de Presidente e a sua sucessão pelo Vice, que o assume definitivamente) será em caráter temporário (substitutos eventuais ou legais).

Entendemos, também, que os substitutos eventuais ou legais, já que irão substituir na forma da Constituição o Presidente da República, deverão preencher os mesmos requisitos exigidos para o cargo de Presidente da República, assim como não poderão se enquadrar em nenhuma das proibições constitucionais prescritas para o Presidente da República. Vejamos a tabela:

	NACIONALIDADE	**IDADE MÍNIMA (condição de elegibilidade)**
Presidente da república (e Vice-presidente da república)	• art. 12, § 3º, I, da CF/1988: brasileiro nato	• art. 14, § 3º, VI, "a", da CF/1988: 35 anos
Presidente da Câmara dos Deputados Federais	• art. 12, § 3º, II, da CF/1988: o Deputado Federal, para se eleger, não precisa ser brasileiro nato. Contudo, uma vez eleito, para assumir a presidência da Casa, deverá ser brasileiro nato (regra expressa)	• art. 14, § 3º, VI, "c", da CF/1988: 21 anos é a idade mínima para se eleger Deputado Federal. Contudo, diante do silêncio constitucional, entendemos que para assumir a presidência da Casa deverá ter no

[12] Quando dizemos "exercício da Presidência" entenda-se o exercício de todos os atos inerentes à função presidencial. O substituto atua como se fosse o Presidente da República, com todas as atribuições do art. 84, da CF/1988.

[13] Até o fechamento desta edição, apenas 7 Ministros Presidentes do STF assumiram a Presidência da República como substitutos eventuais ou legais, na forma do art. 80, da CF/1988: 1) Min. José Linhares (29.10.1945 a 31.01.1946); 2) Min. Moreira Alves (07.07.1986 a 11.07.1986); 3) Min. Octavio Gallotti (13.06.1994 a 15.06.1994 e 04.08.1994 a 06.08.1994); 4) Min. Marco Aurélio (a) 15.05.2002 a 21.05.2002; b) 04.07.2002 a 05.07.2002; c) 25.07.2002 a 27.07.2002; d) 20.08.2002 a 21.08.2002; e) 31.08.2002 a 09.09.2002); 5) Min. Ricardo Lewandowski (23.09.2014 a 24.09.2014); 6) Min. Cármen Lúcia (13.04.2018 a 14.04.2018); 7) Min. Dias Toffoli (23.09.2018 a 25.09.2018).

		mínimo 35 anos, já que é substituto eventual ou legal do Presidente da República
Presidente do Senado Federal	• art. 12, § 3º, III, da CF/1988: o Senador da República, para se eleger, não precisa ser brasileiro nato. Contudo, uma vez eleito, para assumir a presidência da Casa, deverá ser brasileiro nato (regra expressa)	• art. 14, § 3º, VI, "a", da CF/1988: 35 anos – a previsão constitucional coincide (e de maneira lógica) com a idade mínima para ser Presidente da República
Presidente do STF	• art. 12, § 3º, IV, da CF/1988: todo Ministro do STF e, assim, o Ministro Presidente, deverá ser brasileiro nato	• art. 101, caput, da CF/1988: a idade mínima para ser nomeado Ministro do STF é 35 anos

Concluindo, os substitutos eventuais ou legais deverão ser brasileiros natos (e nesse sentido há regra expressa na Constituição – vide tabela acima), bem como ter idade mínima de 35 anos (entendimento este, conforme sustentamos, estabelecido por interpretação para o Presidente da Câmara, havendo previsão expressa apenas para os demais).

Ainda, os substitutos eventuais ou legais não poderão assumir a Presidência da República se se enquadrarem em qualquer situação de impedimento de seu exercício fixada pela Constituição para o próprio Chefe do Executivo. Assim, exemplificando, se aqueles indicados no art. 80, da CF/1988, forem réus (e observem: réus, não investigados) em ação penal, não poderão assumir a função de Presidente da República (interpretação do art. 86, § 1º, I, da CF/1988), pois, se o fizerem, estarão violando a Constituição.

E vamos além. Como não se sabe o momento em que surgirá a situação de substituição (e, por isso, substitutos eventuais), sustentamos que não poderão ocupar a função de Presidente da Câmara, do Senado ou do STF, e, assim, ao se tornarem réus em ação penal, continuarão no cargo (Deputado Federal, Senador da República e Ministro do STF), porém proibidos de exercer a função de Presidente.

Trata-se de interpretação sistemática e finalística da Constituição, não se admitindo que aqueles que estão na linha de substituição do Presidente da República se encontrem potencialmente impedidos, já que a ordem deve ser sucessiva. Imaginar, por exemplo, que o primeiro da lista esteja, em tese, impedido significa burlar a Constituição, criando uma inadmitida possibilidade de substituição *per saltum*.

CUIDADO: esse nosso segundo entendimento sobre a impossibilidade de continuarem a exercer a presidência não foi encampado pelo STF no julgamento da ADPF 402.

O Min. Marco Aurélio, nos autos da ADPF 402, em 2016, monocraticamente, deferiu liminar para afastar o Presidente do Senado Federal da presidência da Casa (mas não do cargo), por ter se tornado réu no Inq. 2.593 (j. 2016, por 8 x 3). A decisão, "lamentavelmente", não foi cumprida pelo Senado Federal, afirmando a Mesa Diretora que só a cumpriria depois de eventualmente confirmada pelo Plenário.

Abrindo um parêntese, explicamos o que queremos dizer quando usamos a expressão "lamentavelmente": não estamos discutindo o conteúdo da decisão, mas o comportamento de descumprimento. O inconformismo deve ser apresentado pelos instrumentos do sistema recursal e não por um ato de puro arbítrio, sob pena de se violar a separação de poderes.

Nesse sentido, com precisão, observou o Min. Celso de Mello: "no Estado Democrático de direito [...] não há espaço para o voluntário e arbitrário desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais, pois a recusa de aceitar o comando emergente dos atos sentenciais, sem justa razão, fere o próprio núcleo conformador e legitimador da separação de poderes, que traduz – vale sempre insistir nessa asserção – dogma essencial inerente à organização do Estado no plano de nosso sistema constitucional" (voto apresentado no referendo na medida cautelar na ADPF 402, j. 2016, DJE de 2018 – pendente o julgamento de mérito).

Diante dessa situação, 2 dias depois da decisão monocrática do Min. Marco Aurélio que estava sendo desrespeitada pelo Senado Federal, o pleno do STF, por 6 x 3, nos termos da divergência aberta pelo Min. Celso de Mello, não referendou referida medida liminar nesse específico ponto do afastamento.

Conforme ficou assentado pelo Min. Celso de Mello, redator do acórdão, "os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80, da CF/1988, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, embora conservem a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas", não se justificando o afastamento cautelar do exercício da presidência (voto do Min. Celso de Mello, ADPF 402).

E como fica no âmbito estadual?

Em caso de impedimento ou de vacância do cargo de Governador de Estado, e diante da não assunção pelo Vice-Governador, serão chamados para governar, seguindo a simetria com o modelo fixado no art. 80, da CF/1988:

- Presidente da Assembleia Legislativa;
- Presidente do TJ local.

E no Distrito Federal?

Em caso de impedimento do Governador e do Vice-Governador ou de vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da chefia do Poder Executivo:

- Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- Presidente do TJ do Distrito Federal e Territórios.

Interessante notar que essa regra está prevista expressamente no art. 93, da LO-DF, com a redação dada pela Emenda nº 57/2010, que aprimorou a regra que a Emenda à LO-DF nº 37/2002 já havia dado ao art. 94, da LO-DF. Isso porque a nova regra retira da linha sucessória de substituição o Vice-Presidente da Câmara Legislativa, seguindo simetricamente a regra do art. 80, da CF/1988.

E como seria na hipótese de Municípios?

Em caso de impedimento do Prefeito e do Vice-Prefeito ou de vacância dos respectivos cargos, será chamado para o exercício da Prefeitura:

• Presidente da Câmara Municipal;

• e, em muitos casos, há a previsão de inclusão, na linha sucessória, do Vice-Presidente da Câmara Municipal (por exemplo, em São Paulo, Rio de Janeiro, Belém, Curitiba etc.).

Não nos parece razoável, na hipótese de impedimento do Chefe do Legislativo local ou na situação de não assunção, que o Presidente do TJ assuma, já que não existe Judiciário municipal.

E como seria na hipótese de Governador de Território impedido ou vacância do cargo?

Como já estudamos no item 7.8.6, a direção dos Territórios, quando criados, dar-se-á por Governador nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (art. 84, XIV, da CF/1988).

Assim, apesar de não existirem leis disciplinando, entendemos que, nesse caso particular, o Presidente da República deveria nomear outro e, durante o processo, assumiria o Presidente da Câmara Territorial (art. 33, § 3º, da CF/1988 – que estabelece: "a Lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa").

10.4.6.3 Mandato-tampão: Eleição direta e indireta (art. 81, da CF/1988)

Já vimos que os substitutos eventuais ou legais assumem o cargo no caso de impedimento do Presidente e do Vice, ou no caso de vaga de ambos os cargos.

Na primeira hipótese (impedimento), o afastamento será apenas temporário. Na segunda, porém, no caso de vaga de ambos os cargos, esta será definitiva e, para não deixar o cargo vazio, duas situações surgem:

• vacância de ambos os cargos (de Presidente e de Vice) nos 2 primeiros anos do mandato: de acordo com o art. 81, caput, da CF/1988, far-se-á eleição 90 dias depois de aberta a última vaga. Trata-se de eleição direta, pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos;

• vacância nos últimos 2 anos do mandato: nessa hipótese, a eleição para ambos os cargos será feita 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma, da Lei (art. 81, § 1º, da CF/1988).[14] Ou seja, eleição indireta. Exceção à regra do art. 14, caput, da CF/1988, só permitida na medida em que introduzida pelo poder constituinte originário.

Durante o processo eleitoral e de transição, conforme mencionado, o cargo será exercido, temporariamente, pelos substitutos eventuais (art. 80, da CF/1988). Após a nova eleição, nas duas situações (eleição quando a vaga se der no primeiro ou no segundo biênio

[14] De acordo com José Afonso da Silva, "se ocorrer o fato e não houver essa lei, deve-se fazer a eleição com base em regras regimentais (ainda que por analogia), pois o texto constitucional é bastante para a prática do ato. Não se há que embaraçar-se em controvérsias inúteis, quando o Sistema constitucional possibilita alcançar o fim pretendido" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

do mandato presidencial) os eleitos (novo Presidente e novo Vice-Presidente da República) deverão apenas completar o período de seus antecessores (art. 81, § 2º, da CF/1988). Trata-se do denominado "mandato-tampão".

E os Estados, podem legislar na hipótese de eleição indireta, definindo o procedimento, mesmo não havendo Lei Federal sobre o assunto?

O STF, no julgamento de pedido liminar formulado nas ADIs 4.298 e 4.309, assegurou a realização de eleição indireta pela Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, na medida em que o Governador e o Vice foram cassados pelo TSE.

No caso, admitiu que, nos termos, da Lei nº 2.154/2009-TO, a votação poderia ser aberta. O voto secreto é garantia do eleitor. Os parlamentares têm o dever de prestação de contas (princípio da publicidade) e, nesse sentido, reforçaram a ideia de votação aberta (ADI 4.298-MC e ADI 4.309-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2009, Plenário, DJE de 2009, Inf. 562/STF).

O modelo federal, concluíram os Ministros, não é de observância compulsória (ADI 1.057) e, havendo previsão na Constituição Estadual, poderia a Assembleia Legislativa local disciplinar a matéria, apesar da regra contida no art. 22, I, da CF/1988 (que fixa a competência da União para legislar sobre direito eleitoral). Isso porque, segundo o STF, não se trata de Lei materialmente eleitoral, tendo em vista que apenas regula a sucessão "extravagante" do Chefe do Executivo (ADI 2.709).

É importante observar que, "... embora não deixem de revelar certa conotação eleitoral, porque dispõem sobre o procedimento de aquisição eletiva do poder político, não haveria como reconhecer ou atribuir características de direito eleitoral *stricto sensu* às normas que regem a eleição indireta no caso de dupla vacância no último biênio do mandato. Em última instância, essas leis teriam por objeto matéria político-administrativa que demandaria típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados. Em suma, a reserva de Lei constante do art. 81, § 1º, da CF/1988, nítida e especialíssima exceção ao cânone do exercício direto do sufrágio, diria respeito somente ao regime de dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, e, como tal, da óbvia competência da União. Por sua vez, considerados o desenho federativo e a inaplicabilidade do princípio da simetria ao caso, competiria aos Estados-membros a definição e a regulamentação das normas de substituição de Governador e Vice-Governador. De modo que, quando, como na espécie, tivesse o constituinte estadual reproduzido o preceito constitucional federal, a reserva de Lei não poderia deixar de se referir à competência do próprio ente federado. No mais, predefinido seu caráter não eleitoral, não haveria se falar em ofensa ao princípio da anterioridade, da Lei eleitoral (art. 16, da CF/1988)" (Inf. 562/STF).

Apenas para conhecimento, as eleições no Estado do Tocantins foram realizadas no dia 08.10.2009, em Palmas, pela Assembleia Legislativa, e elegeram Governador e Vice para o exercício do mandato-tampão que terminou em 31.12.2010.

Também, interessante lembrar, diante da crise de moralidade que as instituições do Distrito Federal protagonizaram em 2010, em razão de escândalos levantados pela investigação da Polícia Federal denominada Caixa de Pandora (cf. item 10.4.12), a aprovação da Emenda à LO-DF nº 57/2010, que, alterando o art. 94, § 1º, da LO-DF, passou a admitir, disciplinando a matéria, eleição indireta, pela Câmara Legislativa do DF, quando a vaga dos cargos de Governador e Vice-Governador do Distrito Federal se der nos últimos dois anos do mandato, deixando claro que, nessa hipótese, o novo Governador ou Vice-Governador eleito completará o mandato (mandato-tampão).

10.4.6.4 Ausência do país do presidente e do vice-presidente da república e licença do congresso nacional (norma de reprodução obrigatória)

Conforme acabamos de ver, a Constituição Federal estabeleceu mecanismos para evitar a "acefalia" do Poder Executivo, seja por meio das atribuições do Vice-Presidente (que assume o cargo de modo temporário ou definitivo), seja na forma do art. 80, da CF/1988, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do STF (de modo temporário).

O Estado não poderá ficar sem o comando no Executivo, tanto é assim que se estabelecem mecanismos de substituição e sucessão.

Por esse motivo (necessidade de liderança), nos termos do art. 83, da CF/1988, o Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, que se implementa por Decreto Legislativo (art. 49, III, da CF/1988), ausentar-se do País por período superior a 15 dias, sob pena de perda do cargo. Se a ausência se der por até 15 dias (já que a regra do art. 83, da CF/1988, fala em período que exceder a 15 dias), não haverá necessidade de autorização pelo Congresso Nacional.

Naturalmente, durante o período de afastamento, o cargo será ocupado pelo Vice, ou, na forma do art. 80, da CF/1988, pelos substitutos eventuais ou legais.

Tanto a previsão de substituição como a necessidade de autorização para o afastamento, bem como a consequência em caso de descumprimento, segundo o STF, são normas de reprodução obrigatória que, pela simetria, deverão ser integralmente reproduzidas no âmbito dos demais entes federativos.

Assim, o STF declarou inconstitucional dispositivo da CE-MA que considerava desnecessária a substituição do Governador por seu Vice-Governador, quando se afastasse

do Estado ou do País por até 15 dias (ADI 3.647, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, DJE de 2008).

Deixar o governo sem comando (já que o dispositivo atacado dispensava o preenchimento do cargo nos primeiros 15 dias) seria criar uma combatida "acefalia" no governo.

Nessa linha, o outro dispositivo que, em razão de reforma à Constituição Estadual, retirava a sanção de perda do cargo (prevista no art. 83, da CF/1988) também foi declarado inconstitucional, pois a referida consequência (perda do cargo) serve para dar sentido e garantia às regras de sucessão e de necessário preenchimento do cargo de Chefe do Poder Executivo.

Finalmente, deve-se deixar claro que a outra regra prevista na Constituição Federal, que exige a autorização política somente na hipótese de afastamento superior a 15 dias, é também de reprodução obrigatória. Assim, disposição prevista na Constituição Estadual que demanda a autorização parlamentar para o Governador e o Vice-Governador de Estado se ausentar, "em qualquer tempo", do território nacional, ou seja, mesmo antes dos 15 dias, é inconstitucional. Conforme se observou, a necessidade de autorização parlamentar somente será devida se o afastamento for superior a 15 dias (ADI 5.373-MC, j. 2019 – mérito pendente e precedentes: ADIs nº 678, 703, 738, 743, 775 e 2.453).

10.4.7 Ministros de estado

10.4.7.1 Características gerais e requisitos de investidura no cargo. Poderá haver controle judicial? A questão específica do desvio de finalidade

Como já visto, os Ministros de Estado são meros auxiliares do Presidente da República no exercício do Poder Executivo e na direção superior da administração federal (art. 76, art. 84, II, e art. 87, da CF/1988).

Os Ministros de Estado dirigem Ministérios e são escolhidos pelo Presidente da República, que os nomeia, podendo ser exonerados a qualquer tempo, *ad nutum*, não tendo qualquer estabilidade (art. 84, I, da CF/1988). Os requisitos para assumir o cargo de Ministro de Estado, cargo de provimento em comissão, são, de acordo com o art. 87, caput, da CF/1988:

• ser brasileiro, nato ou naturalizado (exceto o cargo de Ministro de Estado da Defesa,[15] que, de acordo com a EC nº 23/1999, deverá ser preenchido por brasileiro nato, conforme se observa pelo art. 12, § 3º, VII, da CF/1988, acrescentado pela aludida emenda);

• ter mais de 21 anos de idade;

• estar no exercício dos direitos políticos.

Isso posto, colocamos uma relevante pergunta: o ato de escolha e nomeação de Ministro de Estado pode ser controlado pelo Poder Judiciário?

Essa questão ganhou relevância com um fato que gerou bastante polêmica e de conhecimento de todos, qual seja, a nomeação do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, por meio de Decreto da então Presidente da República Dilma Rousseff, que circulou em uma edição extra do Diário Oficial de 2016, para exercer o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil. Alegava-se que o único objetivo daquela nomeação era o de lhe conferir prerrogativa de foro no STF (art. 102, I, "c", da CF/1988), retirando os autos do juízo da denominada Operação Lava-Jato, sob a responsabilidade do então Juiz Sérgio Moro, em Curitiba.

Referido ato de nomeação e outras questões relacionadas foram judicializados no STF, destacando-se os MS 34.070 e 37.071, as ADPFs 390 e 391 e a Rcl 23.457.

Essa questão de suposto desvio de finalidade também foi levantada durante o governo do Presidente Michel Temer (que sucedeu, de modo definitivo, Dilma Rousseff em razão da condenação desta no processo de impeachment), tendo em vista o ato de nomeação de Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado (MS 34.609 e 34.615, pedido de liminar negado pelo Min. Celso de Mello, j. 2017, pendente o julgamento de mérito).

Em nosso entender, o ato de escolha, nomeação e exoneração de Ministro de Estado é, de fato, discricionário, por se tratar de cargo de confiança do Presidente da República, tanto é que são demissíveis *ad nutum*, qual seja, sem qualquer procedimento ou garantia de contraditório.

Dessa forma, haveria, em regra e em tese, apenas a possibilidade de eventual controle judicial sobre os requisitos formais previstos no art. 87, caput, da CF/1988, ou seja, o controle da legalidade da nomeação e não do mérito da escolha.

Contudo, em se caracterizando desvio de finalidade no ato de nomeação (ou seja, ato com finalidade diversa de auxílio do Presidente da República na forma do art. 76, da CF/1988), que não se presume e tem de ser cabalmente demonstrado, nesse caso específico,

---

[15] A LC nº 97/1999, dispondo sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, estabelece que estas últimas (constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica) subordinam-se ao Ministro de Estado da Defesa (art. 1º, caput, c/c o art. 3º, da LC nº 97/1999), que exercerá a direção superior das Forças Armadas, assessorado pelo Conselho Militar de Defesa (órgão permanente de assessoramento), pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e pelos demais órgãos, conforme definido em Lei (art. 9º, da LC nº 97/1999, na redação dada pela LC nº 136/2010). Portanto, nesses termos, o art. 20, da LC nº 97/1999 transforma os Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em Comandos, por ocasião da criação do Ministério da Defesa. Esse tema será mais bem estudado no item 13.6 (Forças Armadas).

entendemos ser possível o controle judicial, já que se trata de ato nulo e, então, sob esse aspecto, passível de controle (art. 2º, "e" e parágrafo único, "e", da Lei nº 4.717/1965 – Lei da Ação Popular).

No caso de Lula, essa questão concreta não chegou a ser apreciada pelo STF, na medida em que, tendo em vista o afastamento de Dilma Rousseff decorrente da instalação do processo de impeachment no Senado Federal, ela mesma revogou o ato de nomeação, não tendo sido este restabelecido, já que, como todos sabem, em 2016 houve a sua condenação, com a aplicação da sanção de perda do cargo. Por esse motivo, decidiu o Min. Gilmar Mendes: "tendo em vista a publicação, no Diário Oficial da União de 2016, da exoneração do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, está prejudicada a presente ação mandamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RISTF)" (há agravo interno pendente de julgamento).

10.4.7.2 Atribuições dos ministros de estado

Competem aos Ministros de Estado, além de outras atribuições estabelecidas na Constituição e na Lei, as elencadas no art. 87, parágrafo único, da CF/1988:

• exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;[16]

• expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;[17]

• apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

---

[16] Trata-se do referendo ministerial dos atos (como as leis, medidas provisórias etc.) e decretos (não só os regulamentares, como também os inominados) assinados pelo Presidente da República. Michel Temer entende que se os atos e decretos presidenciais não forem referendados pelos Ministros de Estado serão nulos (TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional*.). Já José Afonso da Silva sustenta que, mesmo sem o aludido referendo, os atos serão válidos e terão eficácia. Entende este último que, em caso de discordância (e, portanto, falta de referendo), o máximo que pode acontecer é a demissão do Ministro, a pedido ou não (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.). Na jurisprudência do STF encontramos apenas uma decisão monocrática do Min. Celso de Mello na linha do sustentado por José Afonso da Silva: a "referenda ministerial" não se qualifica com requisito indispensável de validade dos decretos presidenciais. Estando presente, qualifica-se como "causa geradora de corresponsabilidade político-administrativa" (MS 22.706-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1997, DJ 1997). Em relação aos concursos públicos, encontramos apenas uma questão em prova de Juiz do TRT-9 de 2007, adotando a tese de Temer, qual seja, a sua falta ensejaria a nulidade do ato ou do decreto presidencial.

[17] Deve-se observar que as instruções são atos inferiores às leis, aos decretos e aos regulamentos. As instruções assumem três funções: a) regulamentar as leis, assemelhando-se, nesse caso, aos decretos regulamentares presidenciais, tendo o seu âmbito de validade, contudo, restrito ao Ministério. Observar que não existe qualquer óbice no sentido de a referida Lei ser regulamentada por decreto presidencial. Aliás, trata-se do modo normal, na medida em que hipótese de competência privativa do Presidente da República, nos exatos termos do art. 84, IV, da CF/1988. No entanto, existindo regulamento presidencial, não caberá regulamentação da mesma matéria através de instrução ministerial. Os Ministros devem restringir-se às matérias que não tenham sido regulamentadas por decreto regulamentar presidencial (nesse caso dispõem sobre o que o decreto regulamentar deixou de disciplinar), ou toda a lei, inexistindo o regulamento presidencial; b) regulamentar decretos; e c) regulamentos.

• praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Disciplinando a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e cumprindo o previsto no art. 88, da CF/1988, foi elaborada a Lei nº 9.649/1998, parcialmente revogada pela Lei nº 10.683/2003, que foi alterada por diversos outros dispositivos, vindo a ser revogada pela Lei nº 13.502/2017, que foi, por sua vez, revogada pela Lei nº 13.844/2019, atualmente a que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, fruto de conversão da MP nº 870/2019, o primeiro ato do Governo Jair Bolsonaro.

Em comentário ao referido artigo, Bulos afirmava que "a Lei Ordinária prevista no art. 88, da CF/1988, é peculiar, porque adentra na esfera de liberdade do presidente da República, a quem compete organizar a máquina administrativa *sponte propria*". E já havia dito: "melhor seria deixar a matéria em aberto, como no direito anterior, sem as peias, da Lei para dispor sobre ministérios".[18]

A EC nº 32/2001, alterou a redação do art. 88, da CF/1988, nos seguintes termos: "a Lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública", não mais falando em estruturação e atribuições.

10.4.7.3 Poderão os ministros de estado receber delegação para exercer matéria de competência privativa do presidente da república?

Como visto (cf. item 10.4.2.1 e os detalhes da jurisprudência citada), o art. 84, da CF/1988, enumera (trata-se de rol meramente exemplificativo) diversas atribuições do Presidente da República, ora com natureza de função de Chefe de Estado, ora com natureza de Chefe de Governo.

O art. 84, parágrafo único, da CF/1988, dispõe que o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas no art. 84, VI, XII e XXV, primeira parte, da CF/1988, aos Ministros de Estado (bem como ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União), que deverão observar os limites traçados nas respectivas delegações.

10.4.7.4 Responsabilidade e juízo competente para processar e julgar os ministros de estado. A análise do controle político pela câmara dos deputados (art. 51, I, da CF/1988)

[18] BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

Os Ministros de Estado, sem prejuízo da previsão de outras condutas em legislação federal (cf., por exemplo, a Lei nº 1.079/1950), de acordo com a Constituição, cometem crime de responsabilidade nas seguintes situações:

a) quando convocados pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou qualquer de suas Comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado e inerentes às suas atribuições e deixarem de comparecer, salvo justificação adequada (art. 50, caput, e art. 58, III, da CF/1988);

b) quando as Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal encaminharem pedidos escritos de informação aos Ministros de Estado e estes se recusarem a fornecê-las, não atenderem ao pedido no prazo de 30 dias, ou prestarem informações falsas (art. 50, § 2º, da CF/1988);

c) quando praticarem crimes de responsabilidade conexos e da mesma natureza com os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República (art. 52, I, c/c o art. 85, da CF/1988).

No caso de crimes de responsabilidade praticados sem qualquer conexão com o Presidente da República e nos crimes comuns, os Ministros de Estado serão processados e julgados perante o STF, nos exatos termos do art. 102, I, "c", da CF/1988. Na hipótese de crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República o órgão julgador será o Senado Federal, nos termos do art. 52, I, e parágrafo único, da CF/1988.

E a necessidade de autorização pela Câmara dos Deputados?

O art. 51, I, da CF/1988, estabelece ser competência privativa da Câmara dos Deputados autorizar, por 2/3 de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como contra os Ministros de Estado.

O STF interpretou que essa condição de procedibilidade ou admissibilidade do processo (por crime comum ou por crime de responsabilidade) só será exigida na hipótese de crime de responsabilidade praticado por Ministro de Estado conexo com aquele praticado pelo Presidente da República.

Assim, em se tratando de crime comum ou de crime de responsabilidade praticado por Ministro de Estado sem conexão com o praticado pelo Presidente da República, não haverá necessidade de autorização pela Câmara dos Deputados, proibindo-se, portanto, a sua exigência. Nesse sentido, firme a jurisprudência do STF:

"EMENTA: O processo de impeachment dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo STF. Inaplicabilidade do disposto nos art. 51, I e art. 52, I, da CF/1988 e art. 14, da Lei nº1.079/1950, dado que é prescindível (ou seja, dispensada, acrescente-se) autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração. Prevalência, na espécie, da

natureza criminal desses processos, cuja apuração judicial está sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do MPF (art. 129, I, da CF/1988). Ilegitimidade ativa *ad causam* dos cidadãos em geral, a eles remanescendo a faculdade de noticiar os fatos ao Parquet" (Pet 1.954, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário, DJ de 2003).[19]

10.4.8 Conselho da república e conselho de defesa nacional

O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional são órgãos superiores[20] de consulta do Presidente da República, por este convocados e presididos (art. 84, XVIII, da CF/1988), sendo os seus pareceres e manifestações meramente opinativos porque não vinculam as decisões a serem tomadas pelo Chefe do Executivo Federal.

Para aqueles que prestam concursos públicos, a questão mais recorrente em prova sobre esse assunto é aquela que exige o conhecimento dos integrantes dos referidos Conselhos e, assim, o seu estudo comparativo, tanto de membros natos (do Executivo e do Legislativo) como, no caso do Conselho da República, de cidadãos. Vejamos:[21]

CONSELHO DA REPÚBLICA ("órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam" – art. 89, da CF/1988)	**CONSELHO DE DEFESA NACIONAL("órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos" – art. 91, da CF/1988)**
• Vice-Presidente da República	• Vice-Presidente da República
• Presidente da Câmara dos Deputados	• Presidente da Câmara dos Deputados
• Presidente do Senado Federal	• Presidente do Senado Federal
• líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados	• sem correspondência
• líderes da maioria e da minoria no Senado Federal	• sem correspondência
• Ministro da Justiça	• Ministro da Justiça
• 6 cidadãos brasileiros natos, com mais de 35 anos de idade, sendo 2 nomeados pelo Presidente da República, 2 eleitos pelo Senado Federal e 2 eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de 3 anos, vedada a recondução.	• sem correspondência
• O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério (art. 90, § 1º, da CF/1988)	• Ministro de Estado da Defesa • Ministro das Relações Exteriores • Ministro do Planejamento • Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica

[19] No mesmo sentido, Pet 1.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2002, Plenário, DJ de 2003. Ainda: "Em face da interpretação sistemática da Constituição, o requisito de procedibilidade a que alude art. 51, I, da CF/1988, se restringe, no tocante aos Ministros de Estado, aos crimes comuns e de responsabilidade conexos com os da mesma natureza imputados ao Presidente da República. Questão de ordem em que se rejeita a preliminar da necessidade, no caso, de autorização prévia da Câmara dos Deputados" (QC 427-QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1990, Plenário, DJ 1993). Cf., também, o mesmo entendimento fixado pelo STF na vigência da Constituição pretérita (MS 20.422, Rezek, DJ de 1984).

[20] Interessante observar que o art. 89, caput, da CF/1988, denominou o Conselho da República como "órgão superior de consulta", enquanto o art. 91, da CF/1988, definiu o Conselho de Defesa Nacional como "órgão de consulta". Apesar dessa omissão (inexistência da palavra "superior"), o Conselho de Defesa Nacional também deve ser entendido como órgão superior de consulta, em razão de sua função prestada.

[21] O art. 91, V, da CF/1988, foi alterado pela EC nº 23/1999. A antiga redação dizia: "os Ministros militares". Em razão da criação do Ministério da Defesa, introduzido pela aludida Emenda Constitucional, os Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica foram transformados em Comandos, subordinando-se todos ao Ministro de Estado da Defesa. Por esse motivo foi acrescentado o art. 23, VIII, da CF/1988.

10.4.8.1 Conselho da República

Conforme anota José Afonso da Silva, o Conselho da República "foi inspirado no Conselho de Estado instituído nos art. 144 ao art. 149 da Constituição da República Portuguesa, e surgiu no bojo da proposta parlamentarista, que, tendo caído, o deixou de herança dentro do presidencialismo, com certeza para não merecer a menor atenção do Presidente da República, que, no personalismo do sistema, não costuma consultar senão seus próprios botões (às vezes)".[22]

A Lei nº 8.041/1990 regula a organização e o funcionamento do Conselho da República, cujas competências constitucionais foram definidas no sentido de se pronunciar sobre (art. 90, I e II, da CF/1988):

• a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio;

• questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Além dos integrantes já indicados acima, o Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho da República, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério (art. 90, § 1º, da CF/1988). Neste caso, contudo, o Ministro convocado não terá direito a voto (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.041/1990).

Finalmente, além de outras prescrições estabelecidas na referida Lei regulamentadora, cabe destacar que a participação no Conselho da República é considerada atividade relevante e não remunerada (art. 3º, § 4º, da Lei nº 8.041/1990).

10.4.8.2 Conselho de defesa nacional

O Conselho de Defesa Nacional, por sua vez, também consoante as lições de José Afonso da Silva, previsto nos art. 423 e art. 424 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, "vem como substituto do famigerado Conselho de Segurança Nacional do regime militar" e é órgão de consulta (superior) do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático.[23]

A Lei nº 8.183/1991 regula a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional, competindo-lhe, nos termos da Constituição:

• opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, bem como sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

---

[22] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[23] *Ibid.*

• propor os critérios e as condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira[24] e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

• estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

Na mesma linha do previsto para o Conselho da República, a participação, efetiva ou eventual, no Conselho de Defesa Nacional constitui serviço público relevante, e seus membros não poderão receber remuneração sob qualquer título ou pretexto (art. 7º, da Lei nº 8.183/1991).

10.4.9 Crimes de responsabilidade

10.4.9.1 Notas introdutórias e natureza jurídica

Os detentores de altos cargos públicos poderão praticar, além dos crimes comuns, os crimes de responsabilidade, vale dizer, infrações político-administrativas (crimes, portanto, de natureza política), submetendo-se ao processo de impeachment.

Historicamente, sob forte influência do modelo norte-americano, previu-se o crime de responsabilidade na Constituição de 1891, sendo originariamente regulamentado pelas Leis nº 27/1892 e 30/1892.

Atualmente, conforme desenvolveremos a seguir, a matéria está prevista na Lei nº 1.079/1950 e nas interpretações sobre o rito do processo de impeachment estabelecidas no julgamento de várias ações promovidas durante o procedimento envolvendo Dilma Rousseff, destacando-se: ADPF 378, Rel. p/ o ac. Min. Barroso, j. 2015, DJE de 2016, e embargos declaratórios rejeitados em 2016, DJE de 2016; ADI 5.498 (liminar indeferida em 2016) e os MS 34.127, 34.128, 34.130 e 34.131 (liminares questionando o procedimento indeferidas em 2016).

O art. 85, da CF/1988, prescreve que os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição serão considerados crimes de responsabilidade. Exemplifica como hipóteses de crime de responsabilidade os atos que atentarem contra: a) a existência da União; b) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; d) a segurança interna do País; e) a probidade na administração; f) a Lei orçamentária; g) o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

[24] Faixa de fronteira, conforme estabelece o art. 20, § 2º, da CF/1988, corresponde à faixa de até 150 km de largura, ao longo das fronteiras terrestres, sendo constitucionalmente considerada fundamental para a defesa do território nacional. A sua ocupação e utilização foram reguladas pela Lei nº 6.634/79.

Por sua vez, o art. 85, parágrafo único, da CF/1988, dispõe que referidos crimes serão definidos em Lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Imprescindível, portanto, a existência de Lei especial e nacional disciplinando as hipóteses de crimes de responsabilidade, lembrando que a regra geral do princípio da legalidade deve ser aqui evocada, no sentido de que "não há crime, nem pena, sem prévia lei".

Aliás, o art. 5º, XXXIX, da CF/1988 determina que não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Referida Lei especial deve ser, necessariamente, votada pelo Congresso Nacional (Lei Federal), nos termos do art. 22, I, da CF/1988.

Conforme decidiu o STF, "a definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento dos agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em Lei nacional especial (art. 85, da CF/1988)" (ADI 2.220, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Não podemos deixar de lembrar, ainda, a SV 46/STF, aprovada na Sessão Plenária de 2015, fruto de conversão da S. 722/STF (de 2003): "a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União".

Nesse sentido, recepcionada, em grande parte, pela Constituição (art. 85, parágrafo único, da CF/1988), a citada Lei nº 1.079/1950, estabelecendo normas de processo e julgamento, foi alterada pela Lei nº 10.028/2000, que ampliou o rol das infrações político-administrativas, notadamente em relação aos crimes contra a Lei orçamentária.

Segundo entendeu o STF, "a aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado ao processamento e julgamento do impeachment não viola a reserva de Lei especial imposta pelo art. 85, parágrafo único, da CF/1988, desde que as normas regimentais sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes, limitando-se a disciplinar questões *interna corporis*" (ADPF 378).

Além do Presidente da República (art. 52, I, da CF/1988), também poderão ser responsabilizados politicamente e destituídos de seus cargos através do processo de impeachment: o Vice-Presidente da República (art. 52, I, da CF/1988); os Ministros de Estado, nos crimes conexos com aqueles praticados pelo Presidente da República (art. 52, I, da CF/1988); os Ministros do STF (art. 52, II, da CF/1988); os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 52, II, da CF/1988, nos termos, da EC nº 45/2004); o Procurador-Geral da República (art. 52, II, da CF/1988) e

o Advogado-Geral da União (art. 52, II, da CF/1988), bem como Governadores (vide esquema no item 10.4.14) e Prefeitos (art. 31, da CF/1988 – Câmara dos Vereadores).[25]

10.4.9.2 Procedimento

Concentraremos nossa análise no processo de impeachment definido na Constituição Federal para o Presidente da República, seguindo as regras procedimentais descritas na Lei nº 1.079/1950.

O STF, ao reanalisar o tema, agora envolvendo a ex-Presidente da República Dilma Rousseff, basicamente reafirmou o rito aplicado ao processo de impeachment de Fernando Collor (ADPF 378, Rel. p/ o ac. Min. Barroso, j. 2015, DJE de 2016), tendo por premissa a segurança jurídica e a manutenção das regras outrora definidas, observando-se algumas particularidades constantes, da CF/1988, distintas em relação à CF/1946, que era a que vigorava quando foi editada a Lei nº 1.079/1950.

Para entender o papel de cada uma das Casas nesse procedimento bifásico, é fundamental a análise comparativa dos textos constitucionais. Vejamos:

	CONSTITUIÇÃO DE 1946	**CONSTITUIÇÃO DE 1988**
CÂMARA DOS DEPUTADOS	Art. 59, da CF/1946. "Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – a declaração, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, da procedência ou improcedência da acusação, contra o Presidente da República"	Art. 51, da CF/1988. "Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por 2/3 de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República"
SENADO FEDERAL	"Art. 62, da CF/1946. Compete privativamente ao Senado Federal: I – julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade; II – processar e julgar os Ministros do STF e o PGR, nos crimes de responsabilidade"	"Art. 52, da CF/1988. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade"

10.4.9.2.1 Câmara dos deputados

A acusação poderá ser formalizada por qualquer cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos, devendo a denúncia estar assinada com firma reconhecida e acompanhada dos

[25] Existem, segundo Damásio de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de: *Direito penal.*), crimes de responsabilidade próprios (em sentido estrito, propriamente ditos), previstos no CP (art.150, § 2º, art. 300 e art. 301, art. 312 ao art. 326, do CP, etc.) e em legislação especial (DL nº 201/1967 e Lei nº 4.898/1965 – lembrando que referida Lei foi revogada pela Lei nº 13.869/2019, que define os crimes de abuso de autoridade); bem como os crimes de responsabilidade impróprios (não são crimes, mas infrações político-administrativas), previstos nas Leis nº 1.079/1950 e 7.106/1983. Devemos salientar que concentraremos a análise sobre os crimes de responsabilidade impróprios, vale dizer, sobre as infrações de natureza política, ensejadoras do processo de impeachment. É claro que outras autoridades cometem crimes de responsabilidade. No entanto, trata-se dos de natureza própria (natureza de crime), seguindo as regras (vide arts. 513 e ss. do CPP) ou legislação especial. Vide item 10.4.14, sobre sistematização das regras de competência, bem como questão sobre a responsabilização dos prefeitos.

documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados, além de, se for o caso, rol das testemunhas, em número de, no mínimo, cinco.

Conforme entendeu o STF, antes da apreciação pelo pleno da Câmara dos Deputados (art. 52, I, da CF/1988), de acordo com o art. 19, da Lei nº 1.079/1950, assegura-se ao Presidente da Câmara dos Deputados a competência para proceder o "... exame liminar da idoneidade da denúncia popular, "que não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciantes e denunciados, mas se pode estender [...] à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do pleno da Casa, mediante recurso [...]"" (MS 20.941-DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 1992).[26]

Esse exame liminar independe de defesa prévia, não havendo violação à garantia da ampla defesa e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa, e será implementado pelo Presidente da Câmara quando entender conveniente.

Assim, observa-se que foi dado a um único parlamentar, o Presidente da Câmara dos Deputados, um extraordinário poder: a) competência para definir quando irá apreciar o pedido de impeachment; b) em seguida, conforme jurisprudência do STF, o poder de indeferir liminar e monocraticamente o pedido na hipótese de acusação patentemente inepta ou despida de justa causa; c) finalmente, havendo recurso contra essa decisão, em razão do "poder de agenda", o Presidente da Câmara dos Deputados poderá pautar o recurso quando bem entender.

Admitida a acusação, será constituída uma comissão especial para emissão de parecer, não sendo possível a apresentação de candidaturas ou chapas avulsas para sua formação. Conforme decidiu o STF (ADPF 378), "é incompatível com o art. 58, caput e § 1º, da CF/1988, que os representantes dos partidos políticos ou blocos parlamentares deixem de ser indicados pelos líderes, na forma do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para serem escolhidos de fora para dentro, pelo Plenário, em violação à autonomia partidária".

A votação para formação da comissão especial somente pode se dar por voto aberto, tendo em vista os princípios democrático, representativo e republicano.

Segundo entendimento do STF, "no impeachment, todas as votações devem ser abertas, de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e legitimação do processo. [...]. Além disso, o sigilo do escrutínio é incompatível com a natureza e a gravidade

[26] Cf. MS 23.885, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.08.2002, Plenário, DJ de 20.09.2002. Cuidado: em relação a crime de responsabilidade supostamente praticado por Ministro do STF, a Corte tem entendido que a atribuição para esse exame liminar, nos termos do art. 44, da Lei nº 1.079/50, é da Mesa do Senado Federal (lembrando que a Câmara dos Deputados não participa do julgamento de crime de responsabilidade praticado por Ministro do STF – cf. art. 51, I (por não haver essa previsão), e art. 52, II, da CF/1988), e não do Presidente da Câmara dos Deputados. Nesse sentido, cf. MS 30.672-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15.09.2011, Plenário, DJE de 18.10.2011, que analisava o arquivamento liminar pela Mesa do Senado Federal de pedido de instauração de processo de impeachment contra o Min. Gilmar Mendes formulado por determinado cidadão.

do processo por crime de responsabilidade. Em processo de tamanha magnitude, que pode levar o Presidente a ser afastado e perder o mandato, é preciso garantir o maior grau de transparência e publicidade possível" (ADPF 378 MC, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 2015, Plenário, DJE de 2016).

Do recebimento da denúncia será notificado o denunciado para manifestar-se, querendo, no prazo de 10 sessões.

Elaborado e votado o parecer da comissão especial (voto aberto), independentemente do seu conteúdo, a denúncia será apreciada pelo pleno da Câmara, que poderá autorizar ou não a instauração de processo de impeachment contra o Presidente da República. Essa autorização depende do *quorum* constitucional qualificado de 2/3 de seus membros (art. 51, I, da CF/1988).

Assim, analisando a mudança de redação dos dispositivos constitucionais de 1946 e 1988, conforme o quadro acima, estabeleceu o STF, seguindo o voto do Min. Barroso, os papéis da Câmara e do Senado: "apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I, da CF/1988), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara" (ementa do acórdão – ADPF 378).

Dessa forma, é o Senado Federal que admite ou não a acusação contra o Presidente da República. A Câmara dos Deputados simplesmente autoriza o procedimento a se desenvolver.

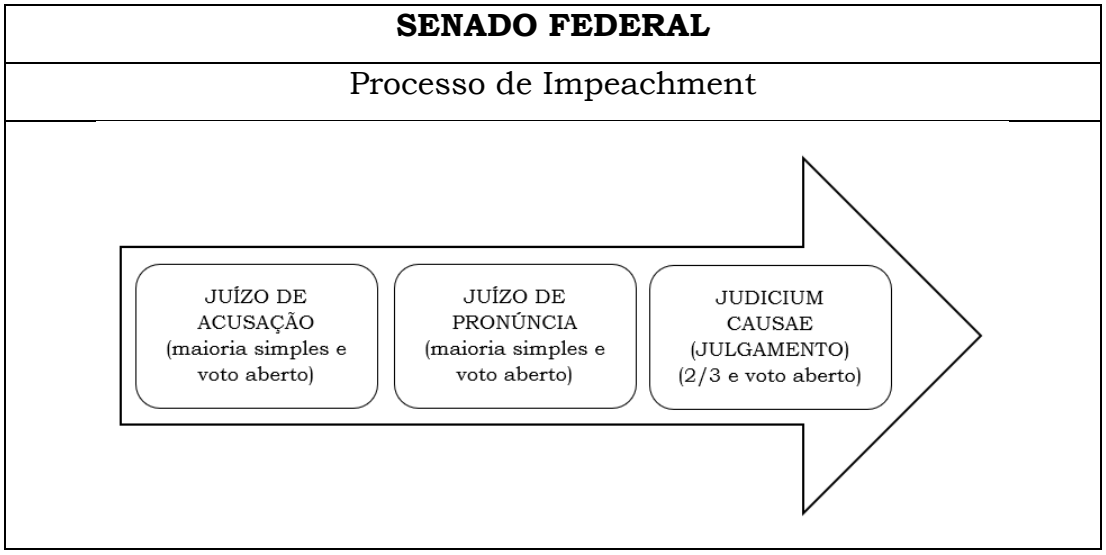
Por esse motivo, para exemplificar, a ex-Presidente Dilma Rousseff apenas foi suspensa de suas funções (em 12.05.2016, por até 180 dias – art. 86, § 1º, II, da CF/1988) quando o Senado Federal, ao receber a denúncia, instaurou o processo e não quando a Câmara dos Deputados, em 17.04.2016, autorizou, por 367 votos, contra 137 (e 7 abstenções), a sua instauração.

Em sendo atingido o número mínimo de votos, qual seja, atualmente, 342 (2/3 dos 513 Deputados Federais), a autorização tomará a forma de resolução e seguirá para o Senado Federal.

Nesse procedimento de autorização para instauração do processo (seja o liminar pelo seu Presidente, seja aquele realizado pelo Plenário), a Câmara dos Deputados profere juízo político, verificando, como anotou o STF, "... se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável

procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas" (MS 21.564, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, j. 1992, Plenário, DJ de 1993).

10.4.9.2.2 Senado federal



O procedimento no Senado Federal é trifásico. Conforme decidiu o STF, "diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, a aplicação das regras, da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado)" (ADPF 378). Vejamos cada uma dessas etapas:

a) Juízo de acusação (*judicium accusationis*: maioria simples e voto aberto do Plenário)

Depois de autorizado o processamento pela Câmara dos Deputados, também será constituída uma comissão especial no Senado Federal para elaboração de parecer. Independentemente de seu conteúdo, haverá discussão e votação nominal do parecer, pelo pleno do Senado Federal, por voto aberto, em um só turno e por maioria simples (art. 47, 1ª parte, da Lei nº 1.079/1950).

Se o pleno do Senado não admitir a denúncia, dar-se-á a extinção anômala do processo, com o consequente arquivamento dos autos (art. 48, da Lei nº 1.079/1950). Por outro lado, aprovado o parecer, reputar-se-á passível de deliberação a denúncia popular oferecida (art. 47, da Lei nº 1.079/1950).

Nesse momento o processo está formalmente instaurado no Senado Federal, passando a ser presidido pelo Presidente do STF, conforme determina o art. 52, parágrafo único, da CF/1988.

De acordo com o art. 86, § 1º, II, da CF/1988, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções pelo prazo de até 180 dias. Trata-se de suspensão cautelar, automática e

temporária. Se decorrido esse prazo e o julgamento não estiver concluído, cessará imediatamente o afastamento, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. (Naturalmente, se o julgamento for concluído em prazo menor e não houver a imposição da pena de perda do cargo (condenação), o Presidente da República voltará a exercer as suas funções, podendo, então, ficar afastado por prazo menor que 180 dias.)

Devemos lembrar que, de acordo com o art. 15, da Lei nº 1.079/1950, "a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". O ex-Presidente Fernando Collor de Mello impetrou mandado de segurança alegando que a renúncia ao cargo extinguiria o processo de impeachment. O STF, julgando o aludido MS 21.689-1, por maioria de votos, decidiu que a renúncia ao cargo não extingue o processo quando já iniciado.

b) Juízo de pronúncia (maioria simples e voto aberto)

Aplicando-se as regras processuais, passa a haver ampla instrução probatória para, ao final, o pleno do Senado Federal, depois de colhidas as provas, discutir e votar o parecer da comissão especial (em um só turno, por voto aberto e maioria simples).

Se o Senado entender que não procede a acusação, o processo será arquivado (art. 55, da Lei nº 1.079/1950). Se, por outro lado, o Senado aprovar o parecer, considerar-se-á procedente a acusação (art. 44, 2ª parte, da Lei nº 1.079/1950), passando para a última fase de julgamento.

c) *Judicium causae* (fase de julgamento: 2/3 e voto aberto)

O julgamento do Presidente da República deverá ser realizado pelo pleno do Senado Federal, por voto aberto, só sendo admitida a condenação se atingido o *quorum* constitucional de 2/3 dos 81 Senadores, ou seja, o número mínimo de 54, que responderão SIM ou NÃO à seguinte pergunta formulada pelo Presidente do STF: "Cometeu o acusado os crimes que lhe são imputados, e deve ser ele condenado à perda do seu cargo e à inabilitação temporária, por oito anos, para o desempenho de qualquer outra função pública, eletiva ou de nomeação?" (art. 52, parágrafo único, da CF/1988 e art. 68, da Lei nº 1.079/1950).

No caso de condenação, as sanções impostas no processo de impeachment serão veiculadas por resolução do Senado Federal (art. 52, I, da CF/1988), nos termos da sentença lavrada nos autos da denúncia, que, assinada pelo Presidente do STF (que preside o procedimento) e pelos Senadores (que funcionam como juízes), passará a fazer parte integrante da referida resolução (como exemplo, cf. Res. nº 101/1992 – Collor de Mello – e Res nº 35/2016 – Dilma Rousseff).

Conforme sustentamos, na sistemática atual, ao contrário do que acontecia com as Leis nº 27/1892 e 30/1892, a condenação pelo crime de responsabilidade implicará a imposição de duas penas autônomas: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos, sendo esta última, portanto, não mais acessória, como era antes.

Havendo renúncia ao cargo quando já fora instaurado o processo (art. 15, da Lei nº 1.079/1950), este deverá seguir até o final, podendo ser aplicada a pena da inabilitação.

Havendo condenação pela prática do crime de responsabilidade, deverá ser aplicada a pena de perda do cargo com inabilitação por 8 anos para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da CF/1988). Na hipótese de absolvição, naturalmente, não fará sentido impor a pena de inabilitação, que pressupõe a prática do crime.

10.4.9.2.3 Caso Dilma Rousseff: Inovação inconstitucional. Fatiamento da votação e das penas

Esse nosso entendimento acima exposto, contudo, não foi verificado no caso do processo de impeachment de Dilma Rousseff (DEN nº 1/2016).

No dia 30.08.2016, o Senador Humberto Costa (líder da bancada do Partido dos Trabalhadores) apresentou, nos termos do Requerimento nº 636/2016 e tendo por fundamento o art. 312, II e parágrafo único, do RISF, destaque (de autoria de líderes partidários e outros) da expressão "ficando, em consequência, inabilitada para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de oito anos", para que fosse apreciada em separado.

Fazendo uma interpretação ampliada da expressão "proposição" prevista no art. 312 do RISF, assim como diante da desnecessidade de aprovação plenária na forma do parágrafo único do art. 312 do RISF, introduzido pela Res nº 8/2016, o Min. Lewandowski, então Presidente do STF e, portanto, nos termos do art. 52, parágrafo único, da CF/1988, Presidente do processo de impeachment, baseando-se na Nota Informativa nº 2.660/2016, da Consultoria Legislativa do Senado Federal, acolheu o destaque e determinou a votação de modo fatiado, passando os parlamentares a responder às seguintes indagações (votação realizada em 31.08.2016):

• "Cometeu a acusada os crimes de responsabilidade correspondentes à tomada de empréstimos junto à instituição financeira controlada pela União e à abertura de créditos sem autorização do Congresso Nacional, que lhe são imputados, devendo ser condenada à perda do seu cargo?" SIM: 61, NÃO: 20, ABST: 0;

• "ficando, em consequência, inabilitada para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de oito anos" (votação da expressão destacada): SIM: 42, NÃO: 36, ABST: 3.

Na medida em que a Constituição exige o *quorum* de 2/3 para a condenação, ou seja, 54 votos, apesar de condenada à perda do cargo, Dilma Rousseff não ficou inabilitada para o exercício de função pública (cf. Res. nº 35/2016, DOU, Edição Extra de 2016).

O Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, apresentou pronunciamento extremamente comentado à época: "Afastar a Presidente da República é constitucional. Pode

afastar na forma da Constituição e da democracia? Pode, mas não é da Constituição inabilitar a Presidente da República como consequência do seu afastamento, não; essa decisão terá que ser tomada aqui, pelo pleno do Senado Federal. E, no Nordeste, costumam dizer uma coisa com a qual eu não concordo: "Além da queda, coice." Nós não podemos deixar de julgar, nós temos que julgar, mas nós não podemos ser maus, desumanos" (133ª Sessão, Deliberativa Extraordinária, em 31.08.2016, DSF de 2016).

Com o máximo respeito, não concordamos com essa forma de julgamento fatiada. Conforme sustentamos, a condenação pelo crime de responsabilidade implicará a imposição de duas penas autônomas: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos, sendo esta última não mais acessória.

Dizer que não é assessória não significa, em nosso entender, determinar o fatiamento do modo de votação. A literalidade da Constituição é implacável ao afirmar, no art. 52, parágrafo único, da CF/1988, que a condenação limita-se à perda do cargo com inabilitação por 8 anos para o exercício de função pública. Nesse sentido, também, a regra contida no art. 68, caput, da Lei nº 1.079/1950.

Essa nossa interpretação encontra fundamento no precedente firmado no MS 21.689, caso Collor de Mello (j. 1993, DJ de 1995), havendo uma curiosidade sobre esse julgado: tendo havido empate em 4 x 4 sobre a possibilidade ou não de se aplicar a pena de inabilitação depois de ter havido a renúncia ao cargo, estando 3 Ministros do STF impossibilitados de votar – Marco Aurélio e Francisco Rezek, por suspeição, e Sydney Sanches, por impedimento –, 3 Ministros do STJ foram convocados (José Dantas, Torreão Braz e William Patterson), tendo sido, portanto, o empate da votação resolvido pelos Ministros do STJ convocados.

Esse ponto específico do procedimento de votação certamente poderá ser apreciado pelo STF, provocado a interpretar o art. 52, parágrafo único, da CF/1988 (cf. MS nº 34.378, 34.379, 34.385, 34.386, 34.394 e 34.418, pendentes).

10.4.9.3 Crime de responsabilidade: Admite-se o controle judicial?

O Poder Legislativo, seja a Câmara dos Deputados no juízo de autorização, seja o Senado Federal no julgamento de mérito, realiza julgamento de natureza política.[27]

[27] Michel Temer observa: "não nos parece que, tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas. Pode ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo" (TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional*.).

Assim, por esse aspecto (mérito), não se admite o controle judicial, sob pena de se violar o princípio da separação de poderes.

O constituinte originário definiu que compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Assim, admitir a revisão do julgamento de mérito pelo STF significaria inequívoca violação da Constituição.

Entendemos, contudo, que o STF poderá analisar questões procedimentais e de legalidade, como o fez no julgamento da ADPF 378 (cf., ainda, MS 20.941-DF, MS 21.564-DF e MS 21.623-DF).

Mas fica uma observação: parece razoável, em tese, admitir que o STF possa rever eventual imputação totalmente teratológica ou absurda, como, por exemplo, a afirmação de que o Presidente da República comete crime de responsabilidade por andar de bicicleta pela manhã – exercício matinal ("pedaladas para manter a saúde"). Nesse caso, a imputação não encontra previsão normativa, e a absurda imputação poderia ser corrigida pelo Poder Judiciário. Agora, havendo dúvida e não se tratando de situação teratológica, sobre o fato descrito na denúncia e o seu enquadramento na Lei (por exemplo, as chamadas "pedaladas fiscais"), nesse caso, a apreciação deverá ser feita pelo julgador natural, qual seja, o Senado Federal.

10.4.10 Crimes comuns

10.4.10.1 Conceito e procedimento

As regras procedimentais para o processamento dos crimes comuns estão previstas na Lei nº 8.038/1990 e nos art. 230 ao art. 246, do RISTF.

Da mesma forma como ocorre nos crimes de responsabilidade, após as formalidades já indicadas no item 10.4.9.2.1, também haverá um controle político de admissibilidade, a ser realizado pela Câmara dos Deputados, que autorizará ou não o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo STF, através do voto de 2/3 de seus membros (art. 86, caput, da CF/1988).[28]

Importante anotar, segundo decidiu a Corte, que "o juízo político de admissibilidade por dois terços da Câmara dos Deputados em face de acusação contra o Presidente da República, nos termos da norma constitucional aplicável (art. 86, caput, da CF/1988), precede a análise jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, se assim autorizado for a examinar o recebimento da denúncia, para conhecer e julgar qualquer questão ou matéria defensiva suscitada pelo denunciado" (Inq. 4.483 – QO, j. 2017, Plenário).

[28] Lembrar que, ao contrário do que ocorre com os crimes de responsabilidade, mesmo que haja autorização pela Câmara, o STF não é obrigado a receber a denúncia ou queixa-crime, sob pena de ferir-se o princípio da tripartição de Poderes.

Dessa forma, “somente após a autorização da Câmara dos Deputados, o STF determinará, nos termos do art. 4º, da Lei nº 8.038/1990, a notificação do denunciado para, no prazo de 15 dias, apresentar sua resposta à acusação”.

Ainda, “não cabendo ao STF proferir juízo de admissibilidade sobre denúncia oferecida contra o presidente da República antes da autorização da Câmara dos Deputados, igualmente não cabe proferir juízo antecipado a respeito de eventuais teses defensivas, cuja ambiência própria é o momento previsto no art. 4º, da Lei nº8.038/1990, o qual prevê a apresentação de resposta à acusação após o oferecimento da denúncia” (Inf. 878/STF).

Pois bem, admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF (crime comum).

A denúncia, nos casos de ação penal pública, será ofertada pelo Procurador-Geral da República. Em caso de não ter formado a sua *opinio delicti*, deverá requerer o arquivamento do inquérito policial. Nos casos de crime de ação privada, haverá necessidade de oferta da queixa-crime pelo ofendido, ou de quem por Lei detenha tal competência.

A expressão “crime comum”, segundo posicionamento do STF, abrange “todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando até mesmo os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais”.[29]

Recebida a denúncia ou queixa-crime, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções por 180 dias, sendo que, decorrido tal prazo sem o julgamento, voltará a exercê-las, devendo o processo continuar até decisão final (art. 86, § 1º, I, da CF/1988).

10.4.10.2 Imunidade presidencial (irresponsabilidade penal relativa)

De acordo com a regra do art. 86, § 4º, da CF/1988, o Presidente da República, durante a vigência do mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Dessa forma, ele só poderá ser responsabilizado (e entenda-se a responsabilização pela prática de infração penal comum – ilícitos penais) por atos praticados em razão do exercício de suas funções (*in officio* ou *propter officium*).

Assim, as infrações penais praticadas antes do início do mandato ou durante a sua vigência, porém sem qualquer relação com a função presidencial (ou seja, não praticadas *in officio* ou *propter officium*), não poderão ser objeto da *persecutio criminis*, que ficará, provisoriamente, inibida, acarretando, logicamente, a suspensão do curso da prescrição.

---

[29] Cf. Alexandre de Moraes, baseando-se em jurisprudência do STF (MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional*).

Trata-se da irresponsabilidade penal relativa, pois a imunidade só abrange ilícitos penais praticados antes do mandato, ou durante, sem relação funcional.

No tocante às infrações de natureza civil, política (crimes de responsabilidade), administrativa, fiscal ou tributária, poderá o Presidente da República ser responsabilizado, pois a imunidade (irresponsabilidade penal relativa) restringe-se apenas à *persecutio criminis* por ilícitos penais que não tenham sido cometidos *in officio* ou *propter officium*, como vimos. Quando praticados em relação à função presidencial, aí sim poderá o Presidente da República sofrer a persecução penal.

Por fim, observar que, oferecida a denúncia no STF, havendo autorização da Câmara, julgando-se procedente o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, a condenação aplicada será a prevista no tipo penal, e não a perda do cargo (como pena principal), que só ocorrerá no caso de crime de responsabilidade.

No caso de crime comum, a perda do cargo dar-se-á por via reflexa, em decorrência da suspensão temporária dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da sentença criminal condenatória, transitada em julgado.[30]

10.4.11 Prisão

Nos termos do art. 86, § 3º, da CF/1988, enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

10.4.12 A imunidade formal em relação à prisão (art. 86, § 3º, da CF/1988) e a cláusula de irresponsabilidade penal relativa (art. 86, § 4º, da CF/1988) podem ser estendidas aos demais chefes do poder executivo por atos normativos dos respectivos entes federativos?

Não.

Consoante interpretação do STF, as regras sobre a imunidade formal em relação à prisão (art. 86, § 3º, da CF/1988), bem como aquelas relacionadas à imunidade penal relativa (art. 86, § 4º, da CF/1988), estabelecidas para o Presidente da República, devem ser interpretadas como derrogatórias do direito comum, tendo sido estabelecidas com exclusividade para o

[30] Exceção a essa regra se dará em relação aos parlamentares federais, por força do art. 55, VI, e § 2º, da CF/1988, cuja perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal. (Fica claro que, por outro lado, em face do art. 15, III, da CF/1988, não poderão disputar novas eleições enquanto durarem os efeitos da condenação – "ficha suja". Já para a hipótese do Presidente da República, a perda do cargo será automática, em face da suspensão dos direitos políticos, por força do art. 15, III, da CF/1988. Para aprofundamento em relação aos membros do Congresso Nacional, cf. item 9.11.4.)

Presidente da República, não podendo ser estendidas aos Governadores de Estado e, no mesmo sentido, ao Governador do Distrito Federal e Prefeitos por atos normativos próprios, nem mesmo nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Esse entendimento está pacificado na jurisprudência do STF, destacando-se o voto do Min. Celso de Mello no *leading case* envolvendo a análise da CE-PB (cf. ADI 978-PB, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, assim como ADI 1.028, j. 1995, DJ de 1995). (Cf., ainda, ADI 1.634-MC, ADI 1.021 e Inq. 3.983, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2016, Plenário, DJE de 2016. Em idêntico sentido, cf. ADI 1.020, j. 1995, para a situação particular do DF. Para um amplo debate, cf. HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2010, Plenário, DJE de 2010.)

Dentre os argumentos para a fixação desse entendimento de que as prerrogativas do art. 86, § 3º e § 4º, da CF/1988, se asseguram com exclusividade ao Presidente da República, não podendo ser estendidas aos demais Chefes de Executivo, destacam-se (voto do Min. Celso de Mello na ADI 978):

• princípio republicano: traduz a ideia de que todo agente público é responsável por seus atos perante a lei;

• cláusula constitucional exorbitante do direito comum (derrogação do postulado republicano) – necessidade de interpretação de modo estrito: a flexibilização desse dogma republicano, no caso, a inibição provisória da *persecutio criminis* e a regra específica sobre a prisão, depende de introdução formal pelo poder constituinte originário. Assim, essa norma, que excepciona o direito comum, deve ser interpretada de modo estrito (Inq. 672) e, portanto, não pode ser tida como norma de reprodução obrigatória ou compulsória a ser reproduzida nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios;

• reserva constitucional da União para legislar sobre direito penal (art. 22, I, da CF/1988): como se sabe, compete à União legislar sobre direito penal. Assim, qualquer garantia ou disposição sobre a matéria que se estabeleça nas Constituições Estaduais viola a CF/1988;

• prerrogativas inerentes ao Presidente da República na condição de Chefe de Estado: "os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e § 4º, da CF/1988, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos, da Lei fundamental – por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado – são apenas extensíveis ao Presidente da República" (EMENTA, ADI 978).

Em virtude desse entendimento firmado pelo STF, para se ter um exemplo de desdobramento, a Câmara Legislativa do Distrito Federal, envolta em clima de turbulência política, deflagrada pela investigação e pelos fatos levantados pela Operação Caixa de Pandora, aprovou a ELO nº 57/2010, revogando o art. 103, § 3º e § 4º, da LO-DF, que,

"copiando" o art. 86, § 3º e 4º, da CF/1988, conferiam imunidade formal relativa à prisão e instituíam cláusula de irresponsabilidade penal relativa para o Governador do Distrito Federal, já declaradas inconstitucionais pelo STF na ADI 1.020.

10.4.13 Outras regras importantes sobre os demais chefes do poder executivo

10.4.13.1 Os demais entes federativos podem dispor sobre crime de responsabilidade definindo o órgão julgador por ato legislativo próprio?

A pergunta colocada nesse item busca saber se os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios podem legislar sobre crime de responsabilidade, estabelecendo o órgão julgador.

Não.

Esse tema tem sido muito debatido, na medida em que vários Estados-Membros fixaram, seguindo o modelo federal, o Poder Legislativo local, no caso a Assembleia Legislativa, como o órgão competente para processar e julgar os Governadores por crime de responsabilidade.

Em vários precedentes, o STF entendeu como inconstitucional essa previsão, na medida em que a competência para legislar sobre crime de responsabilidade é da União (art. 22, I, da CF/1988), que, no caso, o fez, nos termos, da Lei nº 1.079/1950 (cf. S. 722/STF, convertida na SV 46, e ADIs 4.791, 4.792 e 4.800, j. 2015).

De acordo com o art. 78, § 3º, da Lei nº 1.079/1950, os Governadores de Estado serão julgados por um dito "Tribunal Especial", composto de 5 membros do Legislativo e de 5 desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate.

10.4.13.2 Os demais entes federativos podem estabelecer a licença prévia pelo legislativo local para o julgamento dos chefes do executivo? Se sim, o afastamento do cargo seria automático? Resposta: Não. Viragem jurisprudencial. Novo entendimento estabelecido na ADI 5.540

Em outras palavras, o art. 51, I, da CF/1988 pode ser transplantado por simetria no âmbito estadual, distrital e municipal?

Não.

Trata-se de norma de reprodução proibida no âmbito estadual, distrital e municipal, tendo o STF, no julgamento da ADI 5.540 (j. 2017), superado o antigo entendimento, segundo o qual se tratava de norma de reprodução facultativa, dentro do âmbito da autonomia federativa.

Deve-se observar que o atual entendimento decorreu de viragem jurisprudencial, conforme indicado acima. Anteriormente, havia vários precedentes envolvendo os Governadores de Estado e, no caso, o reconhecimento da constitucionalidade de normas estabelecidas nas Constituições estaduais exigindo a autorização prévia de dois terços da Assembleia Legislativa como requisito indispensável para se admitir a acusação nas ações por crimes comum e de responsabilidade (licença prévia) contra os Chefes dos Executivos estaduais, destacando-se o *leading case* HC 41.296 (j. 1964) e outros julgados já na vigência, da CF/1988, por exemplo: RE 159.230, j. 1994, Plenário; HC 80.511, j. 2001, 2ª T.; e HC 86.015, j. 2005, 1ª T., destacando-se, ainda, as ADIs 4.791, 4.792 e 4.800 (j. 2015).

Observa-se que, em 2015, no julgamento das referidas ADIs 4.791, 4.792 e 4.800, apesar de naquele momento ter o STF admitido o controle prévio político, o Min. Marco Aurélio ficou vencido e os Min. Luiz Fux e Roberto Barroso sinalizaram a necessidade de rever o entendimento da Corte.

Aliás, o Min. Roberto Barroso reconheceu a constrangedora inconveniência política e moral da regra da licença prévia, que, naquele momento, era adotada.

Em edições anteriores criticávamos esse entendimento e deixávamos a nossa insatisfação na medida em que, sem dúvida, em muitos casos, o prévio controle político acabava se transformando em verdadeira blindagem em razão da pressão política que essas autoridades podem exercer no âmbito do legislativo local.

Ainda, sustentávamos que a previsão da licença prévia não encontrava fundamento na Constituição em relação ao crime comum praticado pelo Governador, na medida em que o art. 105, I, da CF/1988 não faz essa exigência e, assim, não cabe ao legislador, muito menos o estadual, criar esse requisito de procedibilidade.

Em relação ao crime de responsabilidade, sustentávamos a necessidade de Lei Federal, por entendermos tratar-se de regra processual, destacando-se, no caso, a SV 46: "a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União".

E vejamos mais um bom argumento: no tocante ao tema da licença prévia, o constituinte originário de 1988 estabeleceu a sua exigência para o processo e julgamento dos parlamentares federais, extensível aos estaduais, formalidade que veio a ser abolida pela EC

nº 35/2001. Como não havia previsão dessa exigência para os Governadores, não havia sentido uma emenda constitucional para a hipótese dos Chefes do Poder Executivo. Assim, em nosso entender, a CF/1988 não autoriza a criação dessa exigência por ato normativo estadual, distrital ou local.

Felizmente, conforme apontamos acima, o STF, em 2017, modificou o seu entendimento, estabelecendo a seguinte tese e que, certamente, ainda será objeto de futura súmula vinculante (vencido o Min. Celso de Mello, que, contudo, deixou claro que, em respeito à regra da colegialidade, seguiria a nova diretriz jurisprudencial): é inconstitucional norma da Constituição Estadual que condicione a instauração de ação penal contra o Governador de Estado à autorização prévia da Assembleia Legislativa ou que preveja a suspensão automática do Governador de suas funções pela mera aceitação de denúncia ou queixa-crime. Assim, é vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao STJ dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive sobre o afastamento do cargo (ADIs 5.540 4.798, 4.764 e 4.797).[31]

Ou seja, além de se entender que a prerrogativa da necessidade de autorização prévia pelo parlamento é exclusiva do Presidente da República (por haver expressa previsão na Constituição – art. 51, I, da CF/1988, derrogatória da regra geral, caracterizando-se, assim, como regra inerente ao exercício da função de Chefe de Estado), o afastamento do cargo dos demais Chefes do Poder Executivo (Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos) não acontece automaticamente em razão do recebimento da denúncia ou da queixa-crime pelo STJ, devendo haver apreciação judicial específica sobre essa questão.

Como observou o Min. Barroso, o simples recebimento de uma denúncia, um ato de baixa densidade decisória, não pode importar o afastamento automático do Governador.

Pode-se dizer ter havido verdadeira mutação constitucional na apreciação da tensão entre a autonomia federativa e o princípio republicano, que é marcado pela temporariedade do mandato e a responsabilização política dos governantes (fundamentação do Min. Barroso).

Nesse sentido, não custa lembrar que a forma republicana (art. 34, VII, "a", da CF/1988), dentro desse contexto de responsabilidade dos governantes, prescrita como princípio constitucional sensível da República Federativa do Brasil, foi definida pela doutrina (Raul Machado Horta – cf. item 6.8.5.2) como norma central ou de reprodução (absorção) obrigatória ou compulsória pelos Estados-Membros.

---

[31] O Plenário do STF, em 2017, no julgamento das ADIs 4.777, 4.674 e 4.362, reafirmou esse novo entendimento, estabelecendo a seguinte tese: "é vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo".

O Min. Barroso ainda observou terem mudado a percepção do direito e a realidade fática da norma então adotada, destacando-se, ainda, uma inaceitável realidade fática. Vejamos: em razão de levantamento feito junto ao STJ, de 52 pedidos formulados para os parlamentos estaduais para o processamento e julgamento de Governadores (quando ainda vigia a regra da necessidade de autorização prévia), 36 não mereceram nenhuma resposta, 15 foram negados e apenas 1 foi autorizado.

O Min. Lewandowski por sua vez, em seu voto, em interessante constatação, observou que a necessidade de autorização prévia pelo legislativo local fazia sentido antes de 1988, quando a competência para o julgamento dos Governadores era dos TJs locais. A partir da nova Constituição, como a competência passou a ser do STJ (art. 105, I, da CF/1988), esse entendimento se mostrou superado.

No dia seguinte ao julgamento da ADI 5.540, no julgamento das ADIs 4.798, 4.764 e 4.797, lembrando ter havido perspectiva de edição de súmula vinculante, os Ministros decidiram que os relatores dos demais casos em tramitação no STF sobre a mesma matéria poderão decidir monocraticamente, aplicando a tese firmada.

Assim, destacamos os julgamentos monocráticos nas ADIs 4.781 e 4.790 (Min. Edson Fachin) e nas ADIs 218, 4.799 e 4.806 (Min. Alexandre de Moraes), todas na linha da tese firmada (por isso, amigo leitor, quando estiver estudando esta parte do livro, conferir se já há súmula vinculante sobre a matéria – pendente).

Finalmente, destacamos que tramita no Senado Federal a PEC 6/2010, prescrevendo que a instauração de processo criminal contra Governador de Estado ou do DF independe de autorização legislativa. Sem dúvida, um grande avanço para a sociedade, inclusive simbólico, quando se tornar regra constitucional explícita na Constituição do País (pendente).

10.4.14 Sistematização da competência para julgamento das autoridades pela prática de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade

Trata-se de competência por prerrogativa de função, que deverá ser mais bem estudada em processo penal e de acordo com as perspectivas lançadas pela jurisprudência do STF (cf. AP 937 – QO, por nós explicada no item 9.9.2.3.5), assim como o avanço da PEC nº 10/2013, bem como as perspectivas lançadas pela PSV 131/2018 (pendente). Por ora, limitamo-nos a sistematizar o foro competente quando praticado o crime comum ou de responsabilidade por algumas autoridades:

• Presidente e Vice-Presidente da República: a) infração penal comum STF (art. 102, I, "b", da CF/1988); b) crime de responsabilidade Senado Federal (art. 52, I, da CF/1988);

• Ministro de Estado: a) infração penal comum e responsabilidade STF (art. 102, I, "c", da CF/1988); b) crime de responsabilidade conexo com o praticado pelo Presidente da República Senado Federal (art. 52, I, da CF/1988);

• Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica: a) infração penal comum e responsabilidade STF (art. 102, I, "c", da CF/1988); b) crime de responsabilidade conexo com o praticado pelo Presidente da República Senado Federal (art. 52, I, da CF/1988);[32]

• Ministro do STF: a) infração penal comum STF (art. 102, I, "b", da CF/1988); b) crime de responsabilidade Senado Federal (art. 52, II, da CF/1988);

• Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público: a) infração penal comum a competência será fixada individualmente, de acordo com o cargo de origem de cada membro dos Conselhos (a PEC Paralela da Reforma do Judiciário, que precisa ainda ser aprovada, estabelece a competência do STF, mas isso, como se disse, depende de aprovação pelo Congresso Nacional); b) crime de responsabilidade Senado Federal (art. 52, II, da CF/1988 – EC nº 45/2004);

• Procurador-Geral da República: a) infração penal comum STF (art. 102, I, "b", da CF/1988); b) crime de responsabilidade Senado Federal (art. 52, II, da CF/1988);

• Advogado-Geral da União: a) infração penal comum STF (art. 102, I, "c", da CF/1988);[33] b) crime de responsabilidade Senado Federal (art. 52, II, da CF/1988);

• Deputados Federais e Senadores: a) infração penal comum, desde a expedição do diploma STF (art. 53, § 1º e art. 102, I, "b", da CF/1988); b) crime de responsabilidade Casa correspondente (art. 55, § 2º, da CF/1988);

• Membros dos tribunais superiores (STJ, TSE, TST e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente: infração penal comum e crime de responsabilidade STF (art. 102, I, "c", da CF/1988);

---

[32] As regras sobre os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica foram introduzidas pela EC nº 23/1999, que alterou, dentre outras, a redação do art. 52, I e do art. 102, I, "c", da CF/1988.

[33] "O Tribunal (STF, acrescente-se), por maioria, reconheceu a sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da MP nº 2.049-22/2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de Ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, "c", da CF/1988 ("Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado") (Inq. 1.660-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2000, Plenário, DJ de 2003)" (cf. Inf. 201/STF). Referido status de Ministro foi reconhecido em diversos preceitos normativos, estando atualmente previsto no art. 20, VI, da Lei nº 13.844/2019: "o Advogado-Geral da União, até que seja aprovada emenda constitucional para incluí-lo no art. 102, caput, I "c" e "d".

• Desembargadores dos TJs dos Estados e do Distrito Federal; membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; membros dos TRFs, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais:[34] infração penal comum e crime de responsabilidade STJ (art. 105, I, "a", da CF/1988);

• Juízes Federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e membros do MP da União (Federal, do Trabalho, Militar, do DF e Territórios[35] – art. 128, I, da CF/1988): infração penal comum e crime de responsabilidade TRF da área de jurisdição (art. 108, I, "a", da CF/1988). Importante notar que, se o membro do MP da União atuar perante tribunais, a competência se desloca para o STJ, como visto acima. No entanto, atuando em primeira instância, a competência por prerrogativa de função é do TRF (cf. HC 73.801/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., DJ de 1997);

• Governador de Estado: a) infração penal comum STJ (art. 105, I, "a", da CF/1988); b) crime de responsabilidade Tribunal Especial, previsto na Lei nº 1.079/50 (lei nacional federal – cf. ADI 2.220);[36]

• Vice-Governador de Estado: a) infração penal comum dependerá da Constituição Estadual, sendo, em regra, a competência do TJ; b) crime de responsabilidade depende de Lei Federal;

• Procurador-Geral de Justiça: a) infração penal comum TJ (art. 96, III, da CF/1988); b) crime de responsabilidade Poder Legislativo Estadual (art. 128, § 4º, da CF/1988); juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios; membros do Ministério Público Estadual: infração penal comum e crime de responsabilidade TJ, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, ou seja, crime eleitoral TRE (art. 96, III, da CF/1988);

• deputado estadual: a) infração penal comum depende da Constituição Estadual. No caso de São Paulo, e como regra geral, o TJ (art. 74, I, da CE-SP); b) crime de responsabilidade Poder Legislativo Estadual (Assembleia Legislativa – art. 27, § 3º, da CF/1988);

• prefeito: a) infração penal comum TJ (art. 29, X, da CF/1988); b) crime de responsabilidade (natureza criminal) TJ (art. 29, X, da CF/1988, c/c o art. 1º do DL nº 201/1967); c) crime de responsabilidade (natureza de infração político-administrativa)

---

[34] Lembrar que a competência para processar e julgar o Procurador-Geral da República é do STF, por crime comum (art. 102, I, "b", da CF/1988) e do Senado Federal, por crime de responsabilidade (art. 52, II, da CF/1988).

[35] Nesse sentido, confira interessante julgado do STF que estabelece, tendo em vista o princípio da especialidade, a prevalência da regra do art. 108, I, "a", da CF/1988, sobre a do art. 96, III, da CF/1988, quando se estiver diante de membros do MP da União (art. 128, I, "a" a "d", da CF/1988), aplicando-se a regra do art. 96, III, da CF/1988, exclusivamente aos membros do MP Estadual (competência do TJ local, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral). Cf. RE 141.209-SP (RTJ 140/683). RE 315.010-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 2002, e Inf. 263/STF, 2002.

[36] Utilizando as regras do art. 78, § 3º, da Lei Federal nº 1.079/1950, o julgamento compete a um tribunal formado por 5 membros do legislativo, 5 Desembargadores, sob a presidência do presidente do TJ local, que terá direito de voto no caso de empate. Nesse Tribunal, a escolha dos membros do Legislativo será feita mediante eleição pela Assembleia e a dos desembargadores, mediante sorteio.

Câmara dos Vereadores (art. 31, da CF/1988, c/c o art. 4º do DL nº 201/1967); d) crime federal TRF; e) crime eleitoral TRE.

• Presidente da Câmara Municipal: o art. 29-A, § 1º, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 25/2000, dispõe que a Câmara Municipal não gastará mais de 70% de sua receita com a folha de pagamentos, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores. O desrespeito a essa regra, conforme o art. 29-A, § 3º, da CF/1988, constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal.

Sobre o tema da prerrogativa de foro, interessante a Proposta de SV nº 115, envolvendo hipóteses de encontro fortuito de provas durante investigação: "surgindo indícios do envolvimento de autoridade que detenha prerrogativa de foro, a investigação ou ação penal em curso deverá ser imediatamente remetida ao Tribunal competente para as providências cabíveis".

O parecer da PGR é no sentido da aprovação, com uma ressalva: "os casos de encontro fortuito de provas desvinculadas do objeto da investigação ou ação penal, hipótese na qual a autoridade competente poderá encaminhar apenas a respectiva documentação ao Tribunal" (PSV 115, pendente de apreciação pelo STF).

10.4.14.1 Prefeitos municipais

No tocante à competência por prerrogativa de função dos Prefeitos Municipais, convém nos determos um pouco mais na questão, em face de suas especificidades.

O Prefeito, como as demais autoridades públicas analisadas, pode cometer tanto crime comum como de responsabilidade.

Desde já, como estudamos, e, mais uma vez, valendo-nos das lições de Damásio de Jesus,[37] existem crimes de responsabilidade em sentido amplo ("a locução abrange tipos criminais propriamente ditos e fatos que lesam deveres funcionais, sujeitos a sanções políticas") e em sentido estrito ("abrange delitos cujos fatos contêm violação dos deveres de cargo ou função, apenados com sanção criminal"), estando estes últimos previstos tanto no CP como em legislação especial.

Destaca-se, então, a existência de crime de responsabilidade próprio (ou em sentido estrito – constitui delito, configurando infração penal) e crime de responsabilidade impróprio (ilícito político-administrativo), que, segundo o mestre, trata-se de "crime que não é crime".

Como regra geral, portanto, o Prefeito será julgado pelo TJ local, nas hipóteses de crime comum (art. 29, X, da CF/1988); pela Câmara Municipal, nos crimes de responsabilidade (art. 31, da CF/1988); pelo TRE, nos crimes eleitorais, e pelo TRF, nos crimes federais (art.

---

[37] JESUS, Damásio Evangelista de: *Direito penal.*, *idem.*: *Ação penal sem crime, idem.: Órgão informativo do complexo jurídico*

109, IV, da CF/1988). Nesse sentido a S. 702/STF: “a competência do TJ para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”. Surgem, contudo, algumas particularidades.

Analisemos, primeiro, os crimes comuns:

• competência originária do TJ: o STF entendeu que o julgamento poderá dar-se tanto pelo pleno como por órgão fracionário, por exemplo, uma das Câmaras Criminais do Tribunal (cf. STF, HC 71.381-5/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ de 1996), ou mesmo pelo Órgão Especial, sendo a competência fixada internamente, pelo RI do Tribunal;

• crimes dolosos contra a vida: afasta-se a regra geral do art. 5º, XXXVIII, da CF/1988, aplicando-se a do art. 29, X, da CF/1988, de maior especialidade. Logo, Prefeitos são julgados perante o TJ também nos crimes dolosos contra a vida;

• crimes comuns tipificados no art. 1º do DL nº 201/1967: competência originária do TJ, na medida em que referidas tipificações têm natureza criminal. IMPORTANTE: o mencionado DLfoi alterado pela Lei nº 10.028/2000, trazendo diversas outras tipificações penais ao art. 1º, XVII ao XXIII, DL nº 201/1967;

• crimes funcionais descritos no CP: cometidos por funcionários públicos no exercício do cargo ou função e descritos, consoante enumeração do Professor Damásio, nos art. 150, § 2º, art. 300, art. 301, art. 312 ao art. 326 e art. 359-A ao art. 359-H, estes últimos acrescentados pela Lei nº 10.028/2000, todos do CP. Muito embora se fale em crime de responsabilidade, são tomados em sentido estrito, caracterizando infração penal e, portanto, atraindo a competência do TJ, por força do art. 29, X, da CF/1988;

• abuso de autoridade: condutas descritas na Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) – TJ;

• crime de Prefeito em detrimento de bens, serviços ou interesses do Município: a competência é do TJ. Como exemplo, lembramos: a) o desvio de verba federal repassada ao Município, já que, ainda que proveniente de entidade federal, passou ao patrimônio da Municipalidade (RECr 77.893/GO, DJ de 1994); b) desvio de verbas federais, repassadas ao Município, em razão de convênio firmado com a União Federal e o INAMPS não constitui crime contra a União ou autarquia federal, mas contra o Município, já que as verbas, uma vez repassadas, passaram a integrar o patrimônio e receitas do Município, sendo o Município o sujeito passivo e não a União (vide S. 133 do extinto TFR). Consolidando esse entendimento, a S. 209/STJ: “compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”;

• crime de Prefeito em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, empresas públicas e autarquias federais, além da malversação de verbas recebidas da União sob condição e sujeitas à prestação de contas e ao controle do TCU: a regra, agora, é outra:

competência do TRF, e não do TJ, de acordo com o art. 109, IV, da CF/1988. Como exemplo, lembramos: a) desvio de verbas concedidas a Município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) sujeitas à prestação de contas ao Ministério da Educação e a julgamento pelo TCU (HC 68.967-PR – DJU de 1993); b) desvio de verbas públicas federais, oriundas do FUNDEF, FNDE e FPM e sujeitas ao controle do TCU (HC 80.867, 2001); c) prática de fraude contra o FGTS em benefício próprio. Nesses termos, a S. 208/STJ: "compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal" (cf. HC 68.967-1/PR, Plenário, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão). CUIDADO: mudança de entendimento no STJ. Conforme ficou consignado no julgamento da CC 123.817, "após o julgamento do CC 119.305/SP, a 3ª Seção desta Corte, mudando a jurisprudência até então pacificada, passou a entender ser da competência da Justiça Federal a apuração, no âmbito penal, de malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, independentemente da complementação de verbas federais, diante do caráter nacional da política de educação, o que evidencia o interesse da União na correta aplicação dos recursos" (j. 2012 – pendente de análise pelo STF);

• crimes eleitorais: a competência originária é do TRE;

• ações de natureza civil: as de natureza civil, vale dizer, quando não se estiver julgando infração criminal praticada pelo Prefeito, não gozam do foro privilegiado do TJ, previsto no art. 29, X, da CF/1988. Assim, as ações populares movidas em face dos Prefeitos, ações civis públicas, ações que julgam responsabilidade civil por atos praticados pelo Prefeito no exercício do cargo, ações envolvendo matéria relativa à improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) não são apreciadas pelo TJ em sede de competência originária, devendo ser ajuizadas em 1º grau de jurisdição, observadas as regras de organização judiciária.

Em relação à improbidade administrativa, contudo, a Lei nº 10.628/2002, em nosso entender, de modo inconstitucional, dando nova redação ao art. 84, § 2º, do CPP, estabeleceu que a ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei nº 8.429/1992, seria proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública. Felizmente, de maneira acertada, o STF declarou inconstitucional a pretendida regra (cf. discussão no item 10.4.14.3).

Vejamos, agora, os crimes de responsabilidade, infrações político-administrativas:

• art. 4º do DL nº 201/1967: julgamento pela Câmara Municipal;

• EC nº 25/2000: o Prefeito Municipal cometerá crime de responsabilidade (infração político-administrativa) caso deixe de efetuar o repasse dos valores para o Poder Legislativo, de acordo com as regras fixadas no art. 29-A, § 2º, I, II e III, da CF/1988, ou seja: a) efetuar repasse que supere os limites fixados no art. 29-A, da CF/1988; b) não enviar o referido

repasse até o dia 20 de cada mês; c) enviar o repasse a menor em relação à proporção fixada na Lei orçamentária. Muito embora referida EC nº tenha entrado em vigor em 2001, entendemos necessária a previsão legal, tipificando referidas hipóteses, sob pena de se ferir o princípio constitucional do "não há crime, nem pena, sem prévia lei". A lei, por todo o exposto, só poderá definir a competência da Câmara Municipal para o julgamento da infração político-administrativa, cometida pelo Prefeito Municipal.

10.4.14.2 Vereadores municipais

Alexandre de Moraes ressalta que "... não existe qualquer possibilidade de criação pelas Constituições Estaduais, nem pelas respectivas leis orgânicas dos municípios, de imunidades formais em relação aos vereadores, e tampouco de ampliação da imunidade material, uma vez que a competência para legislar sobre direito civil, penal e processual é privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF/1988."

No tocante à prerrogativa de foro, contudo, Moraes, em sede acadêmica, a admite desde que haja expressa, pontual e específica previsão na Constituição Estadual, tendo por fundamento o art. 125, § 1º, da CF/1988.[38]

A única exceção a esse entendimento seria a competência do Tribunal do Júri, que não pode ser afastada pelo constituinte estadual, sob pena de se violar a Constituição Federal. Nesse sentido, a SV 45/STF (j. 2015) não permite uma leitura aberta do art. 125, § 1º, da CF/1988, que não deve ser interpretado como "cheque em branco": "a competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

Em se tratando de crimes de responsabilidade (infração político-administrativa), a nosso ver a competência será da Câmara Municipal.

Cabe alertar que, em relação aos crimes comuns (exceto dolosos contra a vida) e de responsabilidade (de natureza criminal), malgrado o posicionamento de Alexandre de Moraes admitindo julgamento pelo TJ, desde que haja expressa previsão na Constituição Estadual, corroborado por decisão de 1996 da 2ª T., do STF,[39] começaram a ser percebidas algumas decisões contrárias no STJ, no sentido de ser privativa da União a competência para legislar sobre processo penal.

---

[38] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional*.

[39] Cf. HC 74.125-PI, Min. Francisco Rezek, j. 1996, 2ª T., DJ de 1997. Cf., ainda, no âmbito do STJ: "Ementa: *Habeas corpus* – Tráfico de Entorpecentes – Vereador – Foro Privilegiado – CE-RJ. 1. Não é possível o estabelecimento de foro privilegiado a vereador por legislador estadual, uma vez que a Constituição Federal não autoriza elaborar leis sobre matéria de competência processual-penal. 2. *Habeas corpus* conhecido. Pedido indeferido" (HC 11.939-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ de 2000, vide, também, HC 11.749-PI; HC – 1999/0120914-5).

Essa tendência, que se observava no âmbito do STJ, agora é realidade no STF. A Corte, por 7 x 2, julgou procedente o pedido formulado na ADI 2.553 para declarar a inconstitucionalidade do art. 81, IV, da CE-MA, que estabeleceu a prerrogativa de foro para os membros das Procuradorias-Gerais dos Estados, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública, bem como para os Delegados de Polícia (j. 2019).

Conforme estabeleceu o Min. Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, evoluindo, então, o seu posicionamento doutrinário, as regras especiais sobre prerrogativa de foro, para todos os níveis (federal, estadual, distrital e municipal), estão previstas na Constituição Federal.

Assim, o art. 125, § 1º, da CF/1988 não deve ser interpretado como um "cheque em branco" para o constituinte estadual, sendo inviável a aplicação do princípio da simetria. Dessa forma, a partir do precedente citado, a interpretação no sentido de não se admitir a prerrogativa de foro para os parlamentares municipais parece ser a melhor.

10.4.14.3 A inconstitucionalidade das regras trazidas pela Lei nº 10.628/2002 em relação à "*perpetuatio jurisdictionis*" e ao "inusitado foro cível por prerrogativa de função em Lei processual penal"

Como já apontamos neste trabalho, a Lei nº 10.628/2002, fixou novas regras de competência por prerrogativa de função, alterando a redação do art. 84 do CPP.

Nos termos do caput do aludido dispositivo legal, a competência por prerrogativa de função é do STF, do STJ, dos TRFs e TJs dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

Até 1999, conforme vimos, prevalecia o entendimento no STF exposto na orientação dada pela Súmula 394, consagrando o foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos: "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". No julgamento da questão de ordem no Inquérito nº 687-SP, o STF cancelou a Súmula 394.

A Lei nº 10.628/2002, todavia, dando nova redação ao art. 84 do CPP, além de criar uma espécie de foro cível por prerrogativa de função em Lei processual penal, "ressuscitou" a já banida e execrada regra da *perpetuatio jurisdictionis* após o término do exercício do cargo ou função pública, seja criminal, seja, agora, também, civil, no caso da ação de improbidade administrativa de que trata a Lei nº 8.429/1992.

Conforme já estudamos (cf. item 9.9.2.3), buscando declarar inconstitucional o novo dispositivo, foram propostas a ADI 2.797, ajuizada em 2002 pela Associação Nacional dos Membros do MP (CONAMP) e que teve o seu pedido de liminar negado pelo STF (2003), e a ADI 2.860, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), distribuída por prevenção, em 2003, àquela primeira ajuizada pela CONAMP.

O STF, em algumas Reclamações, havia determinado a permanência em vigor da nova regra do art. 84 do CPP até o julgamento definitivo das ADIs ajuizadas (Rcl 2.381 AgR/MG, Rel. Min. Carlos Britto, 2003 e Inf. 328/STF).

Apreciando as duas ADIs, a Suprema Corte julgou inconstitucional a nova regra. "... Entendeu-se que o art. 84, § 1º, do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário. Considerando, ademais, que o art. 84, § 2º, do CPP veiculou duas regras – a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do art. 84, § 1º, CPP –, concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do art. 37, § 4º, da CF/1988, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria" (Inf. 401/STF e Notícias STF, 2005 – ADI 2.797 e ADI 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2005, Plenário, DJ de 2006. No mesmo sentido: Pet 3.030-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2012, Plenário, Inf. 667/STF).

Finalmente, em 2012, foram acolhidos os embargos declaratórios opostos pelo Procurador-Geral da República na ADI 2.797, estabelecendo-se que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 84, § 1º e § 2º, do CPP, inseridos pelo art. 1º, da Lei nº 10.628/2002, terão eficácia a partir de 2005 (ADI 2.797-ED, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, j. 2012, Plenário, Inf. 666/STF).

Isso porque, na medida em que a regra trazida pela Lei nº 10.628/2002 vigorou por quase 3 anos (de 2002, data de sua vigência, até a sua nulificação, em 2005, quando foram apreciadas as ADIs 2.797 e 2.860), reconheceu-se a necessidade de se preservar a validade dos atos praticados com base na referida Lei e, assim, adotou-se a técnica da modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo-se que o efeito da declaração de inconstitucionalidade valeria a partir da decisão (efeito *ex nunc*), ou seja, a partir de 2005, sem contudo, em

verdadeiro entendimento defensivo, admitir o deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal dos processos que ainda estavam em curso.

Em 2018, o STF, por 10 x 1, reafirmou esse entendimento ao estabelecer que "o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil" (Pet. 3.240).

10.4.14.4 Foro por prerrogativa de função e jurisdições de categorias diversas – A discussão sobre o desmembramento

Como se sabe, as prerrogativas de foro são definidas pela Constituição em relação às autoridades no exercício efetivo da função. Assim, de acordo com o entendimento fixado pela Corte, por exemplo, um ex-parlamentar não teria mais a referida prerrogativa com o término do seu mandato (cf. item 9.9.2.3 e as suas particularidades).

Entretanto, consoante a S. 704/STF, "não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Para se ter um exemplo, imaginemos os crimes de quadrilha, peculato e apropriação indébita imputados a juiz de direito, serventuários da Justiça e advogados. Em face dos princípios da conexão e continência e tendo em vista, ainda, a jurisdição de maior graduação (art. 78, III, do CPP), nos termos do art. 96, III, da CF/1988, dada a presença, entre os acusados, de um juiz de direito, a competência, de acordo com as circunstâncias do caso e se assim se demonstrar e se justificar, será do TJ para o julgamento de todos (vide vários precedentes: HC 68.846-RJ – RTJ 157/563; HC 74.573-RJ – DJU de 1998; Pet 760-DF – RTJ 155/19722; HC 79.922-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 2000 etc.).

Esse entendimento de não se adotar a regra (técnica) do desmembramento foi sustentado, também, no inquérito do "mensalão" (Inq. 2.245), mantendo-se a investigação contra os denunciados no STF, mesmo não tendo alguns prerrogativa de foro. Vejamos:

"Questão de ordem. Inquérito. Desmembramento. Art. 80 do CPP.[40] Critério subjetivo afastado. Critério objetivo. Inadequação ao caso concreto. Manutenção integral do inquérito sob julgamento da Corte. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do art. 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a

[40] Art. 80 do CPP: "Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação".

jurisdição do STF, de todas as pessoas denunciadas" (Inq. 2.245-QO-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, Plenário, DJ de 2007).

Outrossim, no julgamento da correspondente ação penal (AP 470 – "mensalão"), novamente, o STF, em 2012, manteve o entendimento, rejeitando a questão de ordem que retomava o pedido de desmembramento do feito (na medida em que existiam réus que não eram parlamentares; aliás, a grande maioria).[41]

Dentre os vários argumentos utilizados pelos Ministros (no sentido do não desmembramento), podemos destacar:

• devido processo legal e duração razoável do processo: a remessa dos autos a eventual outro juízo provocaria desarrazoada demora no julgamento e, diante da complexidade do feito, aumentaria o risco de se caracterizar a prescrição da pretensão punitiva;

• risco de, admitido o desmembramento, serem prolatadas decisões inconciliáveis e contraditórias, especialmente nas hipóteses de crime de quadrilha e de coautoria;

• a situação particular do julgamento do "mensalão", em razão da complexidade da causa e do volume de informações (38 réus, 234 volumes, 495 apensos, 50.199 páginas, o que se confirmou em razão da necessidade de 53 sessões de julgamento).

Ainda, o STF, negando o desmembramento, declarou não ser obrigatório o preenchimento do princípio do duplo grau de jurisdição nas causas de sua competência originária, prevalecendo a regra, da CF/1988 inclusive em relação a tratados internacionais de direitos humanos, no caso o Pacto de São José da Costa Rica, que destaca o referido princípio do duplo grau de jurisdição (cf. RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2000, Plenário, DJ de 2002).

O tema da prerrogativa de foro e o seu desmembramento foi retomado no julgamento do Inq. 3.515 AgR/SP e, de maneira bastante importante, o Min. Roberto Barroso propôs a tentativa de uma roteirização e padronização diante do reconhecimento de oscilação da Corte em definir um critério único para o enfrentamento do tema.

Observou o Min. Roberto Barroso que, nos processos mais antigos, o STF tendia a aplicar isoladamente o art. 80 do CPP, sugerindo uma opção pelo desmembramento por motivo de conveniência para a prestação jurisdicional.

Sem abandonar a regra do art. 80, do CPP, observou que, nas últimas decisões, a Corte, como indicado nos casos por nós destacados acima, adotou a regra do desmembramento e a manutenção do julgamento conjunto apenas como excepcionalidade. Como disse o Min. Roberto Barroso, "nessa linha, o Ministro Ricardo Lewandowski, em suas manifestações mais

---

[41] Apenas para efeito de informação, anotamos que o STF, em 2012, acolheu uma preliminar de cerceamento de defesa suscitada pela Defensoria Pública Federal pela falta de intimação de advogado constituído, anulando o processo a partir da defesa prévia e determinando o desmembramento do feito, com a remessa dos autos para a justiça de primeira instância, para dar andamento à persecução penal (Inf. 675/STF). O fundamento, contudo, foi diverso e não poderia ter sido diferente a decisão.

recentes, tem sustentado que o desmembramento deve ocorrer a menos que "a conduta dos agentes esteja imbricada de tal modo que torne por demais complexo individualizar a participação de cada um dos envolvidos". De forma ainda mais estrita, o Ministro Marco Aurélio tem se pronunciado pela necessidade taxativa de desmembramento, mesmo nos casos de conexão ou continência, o que é coerente com o entendimento de S. Exa. quanto à improrrogabilidade das hipóteses de competência desta Corte, definidas na Constituição".

No julgamento do Inq. 2.288, que originou a AP 536, a regra foi também no sentido do desmembramento, diante do excessivo número de acusados e de apenas um (no caso, Senador da República) com prerrogativa de foro no STF.

Por todo o exposto, pode-se concluir no sentido da regra geral do desmembramento, devendo cada réu ser julgado pelo eventual tribunal competente no caso de ter prerrogativa de foro, ou ser julgado no primeiro grau de jurisdição, se não exercer nenhuma função que enseje esta ou aquela prerrogativa.

Como propôs o Min. Roberto Barroso na ementa de seu voto, "a menos que haja risco de prejuízo relevante para a apuração dos fatos investigados e/ou para a prestação jurisdicional, deve-se proceder ao desmembramento de investigação ou processo já instaurado a fim de limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal aos detentores de foro por prerrogativa de função" (Inq. 3.515 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, DJE de 2014).

Entenderam os Ministros nos debates do julgamento do Inq. 3.515 AgR/SP que a decisão sobre o desmembramento independe de requerimento do Ministério Público e deve ser tomada o quanto antes, o mais precoce possível.

O Min. Teori Zavascki, também reforçando a regra para o desmembramento, estabeleceu: "a competência do Supremo é restrita e só em situações excepcionais, justificáveis por razões objetivas, é que se instala a competência do Supremo".

Nessas hipóteses de excepcionalidade, diante de circunstâncias especiais a serem apreciadas, demonstradas e justificadas em cada caso concreto, necessária será a observância da regra contida no art. 78, III, do CPP, que, como já se disse, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, deliberando-se pelo julgamento conjunto de todos os corréus (cf. Inf. 673/STF).

10.4.14.5 Distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição Federal – Pet nº 3.240 – O reconhecimento do duplo regime sancionatório para os agentes políticos (exceto o presidente da república)

Tanto na doutrina como na jurisprudência, muito se discutiu sobre a possibilidade de um duplo regime sancionatório em relação aos agentes políticos (responsabilização por improbidade administrativa – art. 37, § 4º, da CF/1988, com base na Lei nº 8.429/1992, e crime de responsabilidade, nos termos, da Lei nº 1.079/1950).

Superando o entendimento firmado no julgamento da Rcl 2.186, a Corte admitiu tanto o duplo regime sancionatório para os agentes políticos (com exceção do Presidente da República) como a definição de que a prerrogativa de foro se restringe às ações penais e não às de improbidade administrativa (Pet 3.240, j. 2018, Plenário). Vejamos:

• duplo regime sancionatório: "os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da CF/1988";

• prerrogativa de foro: "o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF/1988, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da República. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa".

11 PODER JUDICIÁRIO

Sumário: 11.1 Funções do Poder Judiciário 11.2 Algumas Características da Jurisdição 11.3 Reforma do Poder Judiciário – EC nº *45/2004 11.4 Estatuto da Magistratura 11.5 Garantias do Judiciário 11.6 Estrutura do Judiciário 11.7 A Regra do "Quinto Constitucional" 11.8 Características Gerais dos Órgãos do Poder Judiciário 11.9 Princípio do Juiz Natural e Convocação de Juízes de Primeiro Grau para Compor Órgão Julgador de Tribunal 11.10 Magistratura – Teto de Subsídio X Teto de Remuneração – Poder Judiciário – Caráter Nacional e Unitário 11.11 Da Justiça de Paz (Art. 98, II) 11.12 Dos Precatórios 11.13 Conselho Nacional de Justiça 11.14 Súmula Vinculante 11.15 Extinção dos Tribunais de Alçada*

11.1 Funções do poder judiciário

Como já pudemos observar, o Poder Judiciário tem por função típica a jurisdicional, inerente à sua natureza. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa (organização de suas secretarias – art. 96, I, "b" da CF/1988, concessão de licença e férias a seus membros, juízes e servidores imediatamente vinculados – art. 96, I, "f", da CF/1988), bem como funções atípicas de natureza legislativa (elaboração do regimento interno – art. 96, I, "a", da CF/1988).

Podemos conceituar a jurisdição como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado, e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)".[1]

11.2 Algumas Características da Jurisdição

Apenas para ilustrar o tema (devendo o estudo mais aprofundado ser buscado nos compêndios de processo e sua teoria geral), trazemos em pauta três características básicas da jurisdição, quais sejam: lide, inércia e definitividade.

Na jurisdição contenciosa, por regra, existirá uma pretensão resistida, insatisfeita. A partir do momento que essa pretensão não é pacificamente resolvida pelo suposto causador da insatisfação, quem entender-se lesado poderá "bater" às portas do judiciário, que,

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*.

substituindo a vontade das partes, dirimirá o conflito, afastando a resistência e pacificando com justiça.[2]

A segunda característica transparece na máxima "não há juiz sem autor, ou o juiz não pode dar início ao processo de ofício, sem a provocação da parte interessada", ou seja, o Judiciário só se manifesta mediante provocação (vide art. 2º, do CPC/1973 – com correspondência no art. 2º, do CPC, e art. 24 do CPP).[3]

Defendemos, contudo, na sociedade moderna, o aumento dos poderes instrutórios do juiz na condução do processo. Isso não significa, segundo já expusemos,[4] o exercício de "... atividade jurisdicional fora dos limites, da Lei, tomada em sua acepção ampla. A legalidade deverá ser sempre observada, podendo o magistrado avançar até os limites tolerados pelo ordenamento jurídico, desde que mantenha inatingível a integridade do devido processo legal".[5]

Por fim, a definitividade, na medida em que as decisões jurisdicionais transitam em julgado e, acobertadas pela coisa julgada formal e material, após o prazo para a propositura da ação rescisória, não mais poderão ser alteradas. Ao contrário de alguns países da Europa, no Brasil toda decisão administrativa poderá ser reapreciada pelo Judiciário, não tendo sido conferido ao contencioso administrativo o poder de proferir decisões com força de coisa julgada definitiva.[6]

Diante do exposto, portanto, conclui-se que a jurisdição no Brasil é una (ou seja, a definitividade só é dada pelo judiciário) e indivisível, exercida pelo Judiciário nacionalmente (um só poder, materializado por diversos órgãos, federais e estaduais).

---

[2] Art. 5º, XXXV, da CF/1988: "a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Lembramos que no tocante à jurisdição voluntária a doutrina costuma observar que o Estado realiza a administração pública de interesses privados. Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que, mesmo na jurisdição voluntária, na medida em que se busca a eliminação de situações incertas, bem como em face do procedimento verificado (através de petição, resposta, sentença, apelação...), a doutrina mais moderna vem tendendo a afirmar uma tal natureza jurisdicional (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*.).

[3] Existem algumas exceções a essa regra geral, como a possibilidade de concessão do *habeas corpus* de ofício pelo magistrado (art. 654, § 2º, do CPP)

[4] LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*.

[5] Por isso é que, como alerta Dinamarco, "... se de um lado no Estado Moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra, da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do "devido processo legal", que representa penhor de segurança aos litigantes. É claro que, com certas atitudes menos ortodoxas ou despegadas do texto, da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outra e que não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática. São atitudes marcadamente instrumentalistas, das quais significativo exemplo é a já referida desconsideração da pessoa jurídica...". O juiz "... age como canal de comunicação entre a nação e o processo e... quando inovar por conta própria, *contra legem* ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade" (DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo.* – original sem grifos).

[6] Art. 5º, XXXVI, da CF/1988: "a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", c/c o art. 5º, XXXV, da CF/1988: "a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

11.3 Reforma do poder judiciário – EC nº 45/2004[7]

11.3.1 Histórico de sua tramitação

Antes de iniciarmos a análise das regras específicas sobre o Poder Judiciário convém lembrar a importante aprovação da Reforma do Poder Judiciário.

Conforme é de conhecimento de todos, em 2004, finalmente, após 13 anos de tramitação, foi aprovada a EC nº 45/2004.

Na Câmara dos Deputados, apresentada pelo Deputado Hélio Bicudo em 1992, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) recebeu o nº 96/1992. Após vários anos, tendo como última relatora a Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, a referida PEC, aprovada em dois turnos, foi encaminhada para o Senado Federal, onde tomou o nº 29/2000, tendo como primeiro relator o Senador Bernardo Cabral, que emitiu importantes pareceres, nº 538 e 1.035/2002, ambos aprovados pela CCJC.

Naquele mesmo ano, contudo, a legislatura se encerrou sem a apreciação da matéria em segundo turno, apesar do enorme esforço do Senador Bernardo Cabral, que não foi reeleito. Iniciada a nova legislatura, além de expressivo número de emendas apresentadas no primeiro turno durante a legislatura anterior, a grande renovação da Casa, mais de 50% de sua composição, fez com que o Presidente do Senado Federal, José Sarney, com o aval absoluto do plenário, determinasse o retorno da matéria à CCJC para novo parecer, tendo sido designado, então, em 2003, o Senador José Jorge como o novo relator da Reforma do Judiciário.

No Senado, a partir do ano 2000, 17 PECs sobre o Judiciário tramitaram em conjunto, tendo sido realizadas 14 audiências públicas com a participação de Ministros do STF, Tribunais Superiores, OAB, MP, institutos, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) etc. O SF, diante dessa multiplicidade de projetos, transformou as 17 PECs em outras 4, nos termos do Parecer nº 451/2004-CCJ (DSF de 2004), e Emenda nº 240 da CCJC:

• a PEC de nº 29/2000 foi aprovada, transformando-se na EC nº 45/2004, promulgada em 2004 e publicada em 2004;

• uma segunda, desmembrando-se da anterior (e por isso denominada PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário), levou o nº 29-A/2000, também aprovada em dois turnos no Senado Federal. Na medida em que modificou a redação de artigos da originária PEC nº 96/1992-CD, teve de retornar àquela Casa em prestígio ao princípio do bicameralismo. Na Câmara dos Deputados foi reapresentada em 2005, tomando o nº 358/2005 para ser discutida e votada em dois turnos e buscando alterar os seguintes dispositivos, da CF/1988:

---

[7] JESUS, Damásio Evangelista de: *Reforma do poder judiciário – EC nº 45/2004*.

art. 21, art. 22, art. 29, art. 48, art. 93, art. 95, art. 96, art. 98, art. 102, art. 103-B, art. 104, art. 105, art. 107, art. 111-A, art. 114, art. 115, art. 120, art. 123, art. 124, art. 125, art. 128, art. 129, art. 130-A e art. 134. Acrescenta, também, os art. 97-A, art. 105-A, art. 111-B e art. 116-A, da CF/1988, e dá outras providências. Dentre tantas novidades, a referida PEC nº 29-A/2000-SF (358/2005-CD), como se disse, ainda em tramitação: transfere da União para o Distrito Federal a defensoria do Distrito Federal, tornando-a autônoma (nesse sentido, destacamos a EC nº 69/2012, que alterou os art. 21, art. 22 e art. 48, da CF/1988, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal); dá autonomia também à Defensoria Pública da União (nesses termos, cf. o art. 134, § 3º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 74/2013);[8] restringe a competência dos TJs para o julgamento de Prefeitos; altera o art. 93, da CF/1988; inclui a necessidade de permanência de três anos no cargo para que o magistrado tenha direito à vitaliciedade na função; proíbe a prática de nepotismo nos Tribunais e Juízos; modifica a competência da Justiça Trabalhista, novamente; altera a composição do STM e regras sobre o MP; amplia as competências do STF e STJ; institui a "súmula impeditiva" de recursos, a ser editada pelo STJ e TST; trata da conciliação, mediação e arbitragem etc;[9]

• uma terceira PEC foi apresentada ao próprio Senado Federal, a de nº 26/2004-SF, que, alterando o art. 100, da CF/1988, permitia o parcelamento de precatórios (chamados de títulos sentenciais) em até 60 parcelas. Nos termos do art. 332 do RISF, referida PEC foi arquivada ao final da 53ª Legislatura (período de 2007 a 2010), já que não apreciada. De toda forma, sobre a matéria, mencionamos a aprovação, da EC nº 62/2009 (PECs nº 12 e 12-A/2006-SF e PEC nº 351/2009-CD), que altera profundamente o sistema dos precatórios e é por nós comentada no item 11.12 deste estudo;

• nessa mesma situação de arquivamento, encontra-se uma quarta PEC, de nº 27/2004-SF, que autorizava a Lei a instituir juizados de instrução criminal para as infrações penais nela definidas.

---

[8] Em relação à defensoria pública, remetemos o nosso ilustre leitor para o item 12.5 no qual aprofundamos o tema, dando especial destaque para a EC nº 80/2014, que introduziu importantes novidades.

[9] Logo após a aprovação da Reforma, vários sites, inclusive o do Senado Federal, divulgaram o que chamaram de Pareceres nº 1.747/2004 e 1.748/2004 da CCJC. O primeiro fixava a redação, da EC nº 45/2004 que seria promulgada e publicada e o segundo foi o projeto que retornou à Câmara. Alguns trabalhos utilizaram aquele texto disponível (o único à época). Acontece que, em virtude de entendimentos entre as Casas, foram procedidos ajustes nos dois pareceres, remanejando-se dispositivos daquele de nº 1.747 para o de nº 1.748, que voltou para a Câmara de Deputados. Assim, pedimos que o ilustre colega tome muito cuidado com o estudo, destacando-se que, em razão da referida republicação (DSF, 2004), foram transferidos para a Câmara dos Deputados (na PEC nº 358/2005-CD) os seguintes dispositivos constitucionais: art. 93, III, art. 102, I, "a", art. 102, § 2º, art. 104, parágrafo único, I, art. 107, caput, art. 114, I, art. 115, caput, art. 125, § 8º, art. 103-B, VI e VIII, art. 111-A, II e § 1º e art. 130-A, § 2º, IV, da CF/1988. Para estudar somente a EC podem acessar o site www.planalto.gov.br, e cuidado para não ler o texto antigo. Para se ter acesso ao texto que está para ser votado na CD, basta acessar www.camara.gov.br e, em proposições, fazer a pesquisa selecionando "PEC" e indicando o nº 358/2005.

11.3.2 Principais alterações

Apresentamos abaixo 28 principais novidades trazidas pela Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), cujo desenvolvimento é abordado ao longo do estudo:

1) a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, e art. 7º, da EC nº 45/2004). Como bem exposto na Exposição de Motivos, do CPC (Lei nº 13.105/2015), "a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de Justiça";

2) a previsão de real cumprimento do princípio do acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo-se a Justiça itinerante e a sua descentralização, assim como a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (art. 107, § 2º e § 3º, art. 115, § 1º e § 2º, art. 125, § 6º e § 7º, art. 134, § 2º, art. 168 e art. 7º, da EC nº 45/2004);

3) a possibilidade de se criarem varas especializadas para a solução das questões agrárias. Nessa linha de especialização em prol da efetividade temos sugerido, também, varas especializadas para a área do consumidor, ambiental, coletiva etc. (art. 126, caput, da EC nº 45/2004);

4) a "constitucionalização" dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da EC nº 45/2004);

5) a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º, da EC nº 45/2004);

6) a federalização de crimes contra direitos humanos, por exemplo, a tortura e o homicídio praticados por grupos de extermínio, mediante incidente suscitado pelo PGR no STJ, objetivando o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Busca-se, acima de tudo, adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos (art. 109, V-A, e § 5º, da EC nº 45/2004);

7) a criação do Conselho Nacional de Justiça, que passa a ser Órgão do Poder Judiciário, com sede na Capital Federal. Ampliação de hipótese de impeachment, por crime de responsabilidade, a ser apurada pelo Senado Federal, abarcando todos os membros do CNJ (e do CNMP). Criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações (art. 52, II, art. 92, I-A, e § 1º, art. 102, I, "r", art. 103-B; e art. 5º, da EC nº 45/2004);

8) a previsão de controle do MP por intermédio do Conselho Nacional do Ministério Público, assim como a criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações (art. 52, II, art. 102, I, "r", art. 130-A e art. 5º, da EC nº 45/2004);

9) a ampliação de algumas regras mínimas a serem observadas na elaboração do Estatuto da Magistratura, todas no sentido de dar maior produtividade e transparência à prestação jurisdicional, na busca da efetividade do processo, destacando-se: a) previsão da

exigência de três anos de atividade jurídica para o bacharel em Direito como requisito para o ingresso na carreira da Magistratura (quarentena de entrada); b) aferição do merecimento para a promoção conforme o desempenho, levando em conta critérios objetivos de produtividade; c) maior garantia ao magistrado, já que a recusa da promoção por antiguidade somente poderá implementar-se pelo voto fundamentado de 2/3 dos membros do Tribunal a que ele estiver vinculado, conforme procedimento próprio e assegurada a ampla defesa; d) impossibilidade de promoção do magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; e) previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento; f) o ato de remoção ou de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta (e não mais 2/3) do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (EC nº 103/2019); g) na hipótese de processo que tramite sob "segredo de justiça", existindo colisão de dois grandes direitos fundamentais, quais sejam, a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo e o interesse público à informação, parece ter o constituinte reformador dado preferência a este último; h) previsão de serem as decisões administrativas dos tribunais tomadas em sessão pública; i) modificação da sistemática de preenchimento das vagas dos integrantes do Órgão Especial dos Tribunais, sendo metade por antiguidade e a outra metade por eleição pelo Tribunal Plenário; j) o fim das férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, tornando a atividade jurisdicional ininterrupta; k) previsão de número de juízes compatíveis com a população; l) possibilidade de os servidores receberem delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; m) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição (art. 93, da EC nº 45/2004);

10) a ampliação da garantia de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais por meio das seguintes proibições: a) vedação aos juízes de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; b) instituição da denominada quarentena de saída, proibindo membros da magistratura de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram por aposentadoria ou exoneração pelo prazo de 3 anos. A quarentena também se aplica aos membros do MP (art. 95, parágrafo único, IV e V, e art. 128, § 6º, da EC nº 45/2004);

11) a previsão de que as custas e emolumentos sejam destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça, fortalecendo-a, portanto (art. 98, § 2º, da EC nº 45/2004);

12) a regulação do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Judiciário e solução em caso de inércia. Proibição de realização de despesas ou assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias, exceto

se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 99, § 3º, § 4º e § 5º, da EC nº 45/2004);

13) a extinção dos Tribunais de Alçada, passando os seus membros a integrar os TJs dos respectivos Estados e uniformizando, assim, a nossa Justiça (art. 4º, da EC nº 45/2004);

14) a transferência de competência do STF para o STJ no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 102, I, "h" (revogada); art. 105, I, "i", e art. 9º, da EC nº 45/2004);

15) a ampliação da competência do STF para o julgamento de recurso extraordinário quando se julgar válida Lei local contestada em face de Lei Federal. Muito se questionou sobre essa previsão. Observa-se que está correta, uma vez que, no fundo, quando se questiona a aplicação de lei, acima de tudo, tem-se conflito de constitucionalidade, pois é a Constituição Federal que fixa as regras sobre competência legislativa federativa. Por outro lado, quando se questiona a validade de ato de governo local em face de Lei Federal, acima de tudo, estamos diante de questão de legalidade a ser enfrentada pelo STJ, como mantido na reforma (art. 102, III, "d", e art. 105, III, "b", da EC nº 45/2004);

16) a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário. Essa importante regra vai evitar que o STF julgue brigas particulares de vizinhos como algumas discussões sobre "assassinato" de papagaio ou "furto" de galinha já examinadas pela mais alta Corte (art. 102, § 3º, da EC nº 45/2004);

17) a adequação da Constituição, no tocante ao controle de constitucionalidade, ao entendimento jurisprudencial já pacificado no STF, constitucionalizando o efeito dúplice ou ambivalente da ADI e da ADC, assim como o seu efeito vinculante. Ampliação da legitimação para agir. Agora os legitimados da ADC são os mesmos da ADI (e não mais somente os 4 que figuravam no art. 103, § 4º, revogado). Apenas para se adequar ao entendimento do STF e à regra do art. 2º, IV e V, da Lei nº 9.868/1999, fixou-se, expressamente, a legitimação da Câmara Legislativa e do Governador do Distrito Federal para a propositura de ADI e agora de ADC (art. 102, § 2º, art 103, IV e V; revogação do art. 103, § 4º, e art. 9º, da EC nº 45/2004);[10]

18) a ampliação da hipótese de intervenção federal dependendo de provimento de representação do Procurador-Geral da República para, além da já existente ADI Interventiva (art. 36, III, c/c o art. 34, VII, da CF/1988), agora, também, objetivando prover a execução de Lei Federal (pressupondo ter havido a sua recusa). A competência, que era do STJ, passa

[10] Muito cuidado em relação ao controle de constitucionalidade, pois, conforme alertamos, o texto primeiramente publicado sobre a reforma, inclusive no site do Senado Federal, ampliava o objeto da ADC, fazendo incluir, além, da Lei Federal, a Lei Estadual. Essa regra não foi aprovada e, em razão da republicação dos pareceres (DSF de 2004), foi transferida para a Câmara dos Deputados (na PEC nº 358/2005-CD – "PEC Paralela do Judiciário"). Assim, o único objeto de ADC continua sendo a Lei Federal, nos termos do art. 102, I, "a", da CF/1988, não alterado, apesar da modificação do art. 102, § 2º, da CF/1988.

a ser do STF (art. 34, VI, primeira parte, c/c o art. 36, III, revogação do art. 36, IV e o art. 9º, da EC nº 45/2004);

19) a criação da Súmula Vinculante do STF (art. 103-A e art. 8º, da EC nº 45/2004);

20) a aprovação da nomeação de Ministro do STJ pelo *quorum* de maioria absoluta dos membros do Senado Federal, equiparando-se ao *quorum* de aprovação para a sabatina dos Ministros do STF, e não mais maioria simples ou relativa, como era antes da Reforma (art. 104, parágrafo único, da EC nº 45/2004);

21) a previsão de funcionamento, junto ao STJ: a) da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; b) e do Conselho da Justiça Federal como órgão central do sistema e com poderes correcionais, cujas decisões terão caráter vinculante (art. 105, parágrafo único, I e II, da EC nº 45/2004);

22) no âmbito trabalhista, dentre tantas modificações, podemos destacar: a) o aumento da composição do TST de 17 para 27 Ministros, não mais sendo preciso ter de convocar juízes dos TRTs para atuar como substitutos; b) em relação ao sistema de composição, reduziram-se as vagas de Ministros do TST oriundos da advocacia e do Ministério Público do Trabalho. Agora eles ocupam somente 1/5, sendo os outros 4/5 preenchidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da Magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior; c) fixação do número mínimo de 7 juízes para os TRTs; d) modificação da competência da Justiça do Trabalho; e) previsão de criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, sendo que este último deverá ser instalado no prazo de 180 dias; f) a Lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho; g) previsão de criação, por lei, do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas (art. 111, § 1º, § 2º e § 3º (revogados), art. 111-A, art. 112, art. 114, art. 115; e art. 3º, art. 6º e art. 9º, da EC nº 45/2004);

23) fixação de novas regras para a Justiça Militar (art. 125, § 3º, § 4º e § 5º, da EC nº 45/2004);

24) assim como fixado para a Magistratura (art. 99, § 3º ao § 5º), regulação do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Ministério Público e solução em caso de inércia. Proibição de realização de despesas ou assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 127, § 4º, § 5º e § 6º, da EC nº 45/2004);

25) nos mesmos termos da Magistratura, diminuição do *quorum* de votação para a perda da garantia da inamovibilidade de 2/3 para maioria absoluta (art. 128, § 5º, I, "b", da EC nº 45/2004);

26) ampliação da garantia de imparcialidade dos membros do MP: a) vedação do exercício de atividade político-partidária, sem qualquer exceção; b) vedação do recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; c) instituição, conforme já vimos e nos mesmos termos da Magistratura, da denominada quarentena de saída, proibindo-os de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram por aposentadoria ou exoneração pelo prazo de 3 anos (art. 128, § 5º, II, "e", "f" e § 6º, da EC nº 45/2004);

27) conforme vimos para a atividade jurisdicional, também no sentido de se dar maior produtividade e transparência no exercício da função, na busca da efetividade do processo, destacam-se, para o MP: a) a obrigatoriedade de as funções só poderem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição; b) a previsão da exigência de 3 anos de atividade jurídica para o bacharel em direito como requisito para o ingresso na carreira do MP (quarentena de entrada); c) a distribuição imediata dos processos; d) e, no que couber, as regras já apresentadas em relação ao art. 93, da EC nº 45/2004, para a Magistratura (art. 129, § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, da EC nº 45/2004);

28) A EC nº 45/2004 foi promulgada em 8 de dezembro de 2004 e entrou em vigor na data de sua publicação, em 31 de dezembro de 2004 (art. 10, da EC nº 45/2004).

11.3.3 Principais ações diretas e decisões do STF em relação às novidades introduzidas pela EC nº 45/2004 (ordem cronológica de propositura)

Destacamos as principais ações que foram ajuizadas tendo por objeto disposições trazidas pela EC nº 45/2004, para efeito de conhecimento e acompanhamento.

11.4 Estatuto da Magistratura

11.4.1 Disposições gerais

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira identifica que o enorme "... interesse com as atividades do Poder Judiciário (verdadeira preocupação nacional como se fora o único problema a emperrar o progresso do Brasil) decorre, sem dúvida, do fato de a prestação (de

serviço) jurisdicional não atender aos anseios da população: em razão da demora dos processos, dos seus entraves burocráticos, da total falta de aparelhamento moderno, do despreparo dos funcionários e juízes (ainda que de alguns poucos, mas com força suficiente para, ao menos, incentivar as críticas), da falta de recursos financeiros. Enfim, uma gama de deficiências sempre detectadas e diagnosticadas...".[11]

A Reforma do Judiciário busca encontrar alguns instrumentos para solucionar os problemas apontados. Conforme estabelece o art. 93, da CF/1988, amplamente solidificado pela EC nº 45/2004, Lei Complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura,[12] observados os seguintes princípios:

• ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Trata-se da denominada "quarentena de entrada". Neste particular, cabe indagar se o período de 3 anos deverá ser contado apenas após o bacharelado, ou poderá ser computado durante a graduação, por exemplo, por meio de estágio.

Entendemos que se trata, no fundo, de norma constitucional de eficácia limitada, já que "depende" de Lei Complementar infraconstitucional regulando os seus vetores.

Hugo Nigro Mazzilli destaca que, "sem regulamentação, cremos que o requisito de prévio exercício de atividade jurídica não é autoaplicável, de maneira que, se vier a ser exigido em editais de concurso, sem anterior regulamentação, poderá ser questionado por meio de mandado de segurança".[13]

Contudo, infelizmente, o STF vem exigindo o requisito da quarentena de entrada, com base, inclusive, em resolução do CNJ.

Segundo entendimento da Corte, a norma impugnada veio atender ao objetivo, da EC nº 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes às carreiras. Assim, "os 3 anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito" (ADI 3.460/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2006, DJ de 2007).

---

[11] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

[12] Atualmente, a LC nº 35/1979 (LOMAN) vem sendo o norte dessa regulamentação, reconhecendo sua defasagem e constantes litígios sobre a recepção de seus dispositivos, elaborados durante o regime militar. Diante da omissão da Corte em elaborar o anteprojeto da LOMAN, como manda o art. 93, caput, da CF/1988, foi elaborada a Portaria nº 47/2013-STF, que instituiu a Comissão de Estudo e Redação de Anteprojeto de Lei Complementar destinada a dispor sobre o Estatuto da Magistratura no prazo de 90 dias, prazo esse prorrogado por mais 90 dias, nos termos da Portaria nº 23/2013. Destacamos, ainda, a Res. nº 577/2016, que disciplinou a votação da minuta do anteprojeto. Até o fechamento desta edição, com inaceitável demora (já se vão mais de 30 anos da promulgação da Constituição), o anteprojeto ainda não foi encaminhado para o Parlamento (pendente).

[13] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

De acordo com o art. 23, § 1º, "a", da Res. nº 75/CNJ, a comprovação dos 3 anos deve se dar no momento da inscrição definitiva, seguindo a orientação firmada na ADI 3.460.

Nesses termos, o Plenário, ao apreciar a questão novamente, reiterou a orientação firmada no julgamento da ADI 3.460 e fixou a seguinte tese: "a comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do art. 93, I, da CF/1988, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público" e não na posse (RE 655.265, Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. 2016, DJE de 2016).

Diante dessa decisão e da tese firmada, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP considerou superada a redação do art. 3º da Res. nº 40/2009, dada pela Res. nº 87/2012, que estabelecia que a comprovação do período de 3 anos de atividade jurídica deveria ser documentada e formalizada para o ato da posse do candidato aprovado em todas as fases do concurso público, e não da inscrição definitiva.

A Res. nº 141/2016-CNMP, revogou a referida Res. nº 87/2012 e resgatou a redação original do art. 3º da Res. nº 40/2006, voltando a prescrever, agora na linha do decidido pelo STF, que a comprovação do período de 3 anos de atividade jurídica deve se dar no ato da inscrição definitiva no concurso, ressalvando que essa nova orientação alcança apenas os concursos públicos abertos após a publicação da referida resolução, que se deu no Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, de 2016.

E o que deve ser entendido por atividade jurídica a ser demonstrada?

De acordo com o art. 59 da Res. nº 75/2009-CNJ, considera-se atividade jurídica:

• aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

• o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado (art. 1º, da Lei nº 8.906/1994) em causas ou questões distintas;

• o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

• o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo de 16 horas mensais e durante 1 ano;

• o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

A referida Resolução veda, para efeito de comprovação de atividade jurídica, a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Nos termos do art. 59, § 2º, da Res. nº 75/2009-CNJ, a comprovação do tempo de atividade jurídica relativa a cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente,

indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

Ainda, cumpre observar que a Res. nº 75/2009-CNJ retrocede ao não mais considerar como atividade jurídica (apesar de reconhecer como título – art. 67, VI, da Res. nº 75/2009-CNJ), a conclusão, com frequência e aproveitamento, de curso de pós-graduação (assegurando tal reconhecimento para os cursos comprovadamente iniciados anteriormente à referida Resolução – art. 90, da Res. nº 75/2009-CNJ).

Nesse particular, José Afonso da Silva, em parecer, afirmou que "alunos de cursos jurídicos não exercem atividades jurídicas", mas tão somente "atividade de ensino e aprendizado". Em igual medida, Walber de Moura Agra afirma que "o prazo de três anos de exercício de atividade jurídica é um tempo de maturação, de sedimentação do conhecimento acumulado durante o curso de Direito. Um lapso temporal para que o bacharel possa colocar em prática o que aprendeu durante a sua preparação universitária" (Notícias STF, 2009).

Lembramos, por outro lado, que o art. 2º da Res. nº 40/2009-CNMP, ainda admite, como atividade jurídica e para o ingresso nas carreiras do Ministério Público, os cursos de pós-graduação, regra essa que vem sendo discutida na ADI 4.219, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em 2009 (matéria pendente de julgamento pelo STF).

Em nosso entender, contudo, toda essa questão deveria ter sido regulamentada, necessariamente, por Lei Complementar do Congresso Nacional, de iniciativa exclusiva do STF (competência reservada).

• promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por 3 vezes consecutivas ou 5 alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe 2 anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;[14]

• aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

• na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de 2/3 de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

• não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

---

[14] Cf. Res. nº 106/2010-CNJ, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

• o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

• previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

• o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em Lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos art. 37, XI, e art. 39, § 4º, da CF/1988;

• a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40, da CF/1988 (sobre o tema, cf. discussão envolvendo a EC nº 88/2015 no item 11.4.2);

• o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

• o ato de remoção ou de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (EC nº 103/2019);

• a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto do art. 93, II, "a", "b", "c" e "e", da CF/1988;

• todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a Lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

• as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública,[15] sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

• nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições

[15] O STF decidiu pela desnecessidade de Lei complementar para dar efeitos ao art. 93, X, da CF/1988, em razão de sua autoaplicabilidade. Em caso concreto, o Plenário entendeu que a votação de atos de remoção voluntária de magistrados por meio de escrutínio secreto é inconstitucional: "(...). Necessidade de motivação expressa, pública e fundamentada das decisões administrativas dos tribunais. Regra geral, que também vincula a votação de atos de remoção de magistrados, por força da aplicação imediata do art. 93, X, da CF/1988" (MS 25.747, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2012, Plenário, DJE de 2012 – original sem grifos).

administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal Plenário, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal Plenário;[16]

• a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas as férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

A Reforma do Poder Judiciário consagra, portanto, o princípio da ininterruptabilidade da jurisdição, não podendo haver supressão dessa regra sequer por Resolução do CNJ, como ficou muito claro com a edição da Res. nº 28/2006, que revogou a Res. nº 24/2006, que, por sua vez, ao modificar a Res. nº 3/2005, objetivava flexibilizar o disposto no art. 93, XII, da CF/1988.

Assim, decidiu o STF em sede de medida cautelar: "... As regras legais que estabeleciam que os magistrados gozariam de férias coletivas perderam seu fundamento de validade pela promulgação da EC nº 45/2004. A nova norma constitucional plasmou paradigma para a matéria, contra a qual nada pode prevalecer. Enquanto vigente a norma constitucional, pelo menos em exame cautelar, cumpre fazer prevalecer a vedação de férias coletivas de juízes e membros dos tribunais de segundo grau, suspendendo-se a eficácia de atos que ponham em risco a efetividade daquela proibição..." (ADI 3.823-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2006, DJ de 2007). Mas cabe observar que o STF, em 2016, julgou prejudicada a referida ADI pela perda superveniente do objeto, em razão de terem sido revogadas as referidas normas (art. 21, IX, do RISTF).

• o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

• os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

• a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Todas essas regras trazidas pela Reforma do Judiciário vieram no sentido de dar maior produtividade e transparência à prestação jurisdicional, na busca da efetividade do processo.

11.4.2 A EC nº 88/2015 (fruto da "PEC da bengala"), a EC nº 103/2019 ("reforma da previdência") e as ADIs 5.316, 5.430, 5.486 e 5.490

Como se sabe, existem 3 modalidades de aposentadoria no chamado Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) dos servidores titulares de cargos efetivos, que terá caráter

[16] Cf. a Res nº 16/2006-CNJ, estabelecendo critérios para a composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais e dando outras providências.

contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, caput, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 103/2019), bem como dos agentes públicos titulares de cargos vitalícios (magistrados, membros do MP e membros do Tribunal de Contas) (art. 40, § 1º, I, II e III, da CF/1988): a) por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação (cf. art. 37, § 13, da CF/1988), hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de Lei do respectivo ente federativo – a EC nº 103/2019 Reforma da Previdência – substituiu a aposentaria por invalidez pela aposentadoria por incapacidade permanente; b) compulsória; c) voluntária (com ampla modificação trazida pela EC nº 103/2019).

Não estamos aqui considerando o agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em Lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, ou de emprego público, em relação aos quais se aplica o Regime Geral de Previdência Social (art. 40, § 13, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 103/2019, devendo ser consideradas as particularidades dos titulares de mandato eletivo, conforme art. 14, da EC nº 103/2019).

Neste tópico, tratamos apenas da aposentadoria compulsória no âmbito do Regime Próprio da Previdência Social (RPPS), que se implementa em razão de critério meramente objetivo, qual seja, a idade. Ao completá-la, o legislador supõe a invalidez do servidor público, assumindo a sua presunção absoluta de incapacidade para o serviço público.

Importante lembrar que, conforme decidiu o STF, “os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF/1988, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão” (tema 763 da repercussão geral, RE 786.540, j. 2016).

Assim, de acordo com o art. 187, da Lei nº 8.112/1990, a aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo. Isso significa que o servidor público titular de cargo efetivo, ao completar a idade, mesmo estando em plena capacidade laboral e sendo contra a sua vontade, deverá ser forçadamente aposentado, e, por isso, essa modalidade é vulgarmente chamada de “expulsória”.

A aposentadoria compulsória por idade foi prevista na Constituição de 1934, estabelecendo-se a idade de 68 anos. Esse parâmetro (68 anos) foi repetido na Constituição de 1937. A primeira a prever os 70 anos foi a de 1946, mantida essa idade nos textos seguintes, inclusive na redação originária da de 1988.

Depois de 28 anos de vigência da atual Constituição, fruto da aprovação da PEC nº 42/2003-SF (que tramitou por quase 12 anos), conhecida como "PEC da Bengala", foi promulgada a EC nº 88/2015.

Em sua justificação, observa-se que "a expectativa de vida do brasileiro vem aumentando bastante, alterando significativamente o perfil populacional". Assim, mesmo ao completar 70 anos, o servidor continua com plena capacidade produtiva. A aposentadoria precoce confirma que muitos servidores vão para a iniciativa privada, continuam trabalhando e ainda levam a experiência de anos patrocinada pelo Estado, onerando a Previdência em razão da falta de contrapartida.

Diante dessa nova realidade, a EC nº 88/2015, mantendo a regra sobre a aposentadoria compulsória (70 anos de idade), permitiu que Lei Complementar estabeleça as condições para que o servidor público se aposente aos 75 anos. A implementação dessa situação considerando esse novo parâmetro etário depende, necessariamente, da edição de Lei Complementar.

O art. 100, do ADCT, contudo, prescreve: "até que entre em vigor a Lei Complementar de que trata o art. 40, § 1º, II, da CF/1988, os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade (e, assim, não dependendo de Lei Complementar), nas condições do art. 52 da CF/1988".

A AMB, a ANAMATRA e a AJUFE propuseram a ADI 5.316 (pendente o julgamento do mérito), atacando alguns dispositivos, da EC nº 88/2015 em análise.

Em julgamento de medida cautelar, o STF determinou que a dispensa de Lei Complementar prevista na emenda para as citadas autoridades (o art. 100, do ADCT) não pode ser estendida a outros agentes públicos até que seja editada a Lei Complementar a que alude o art. 40, § 1º, II, da CF/1988, a qual, quanto à magistratura, é a Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 93 da CF/1988 (Estatuto da Magistratura).

Ainda, o STF, no julgamento da cautelar na ADI 5.316, determinou a suspensão da tramitação de todos os processos que envolvam a aplicação, a magistrados, do art. 40, § 1º, II, da CF/1988 e do art. 100, do ADCT, até o julgamento definitivo da ação direta em análise. Além disso, declararam sem efeito todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que afaste, amplie ou reduza a literalidade do comando previsto no art. 100, do ADCT e, com base neste fundamento, assegure a qualquer outro agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo após ter completado setenta anos de idade.

Outro ponto extremamente polêmico foi a parte final do art. 100, do ADCT que, apesar de assegurar a aposentadoria compulsória aos 75 anos, determinou que essa nova realidade só poderá ser implementada nas condições do art. 52, da CF/1988.

Observar “as condições do art. 52, da CF/1988” significa dizer que referidas autoridades, para poderem se aposentar com mais de 70 anos, terão que passar por uma nova sabatina (art. 52, III, “a” e “b”, da CF/1988).

Essa regra de “nova sabatina” foi bastante criticada. A previsão originária, prescrita pelo constituinte originário, estabelece o controle político (sabatina) apenas para o ingresso no cargo, e não para a sua continuidade, tendo sido criada uma verdadeira condicionante para a aposentadoria.

Em interessante observação, o Deputado Luiz Antonio Fleury, no parecer dado perante a CCJ, na PEC nº 457/2005-CD (número que tomou na Câmara), determinou ser “incompatível uma nova aprovação pelo Legislativo Federal de Ministro detentor de cargo vitalício, incongruência de inquestionável ameaça aos princípios republicanos que, além de ferir os preceitos mencionados, traduz na fragilização do Poder Judiciário, até mesmo no que diz respeito à imparcialidade, já que o interessado em permanecer no cargo ficaria refém de interesses político-partidários, podendo redundar no comprometimento da liberdade e independência do magistrado”.

No julgamento da medida cautelar, o STF determinou a suspensão da aplicação da expressão “nas condições do art. 52 da CF/1988” contida no art. 100, do ADCT, por vulnerar as circunstâncias materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos Poderes, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da CF/1988.

Podemos, então, esquematizar o tema à luz, da EC nº 88/2015 (com as adaptações necessárias decorrentes, da EC nº 103/2019) e do julgamento da medida cautelar na ADI 5.316 (j. 2015, DJE de 2015, lembrando que a Corte terá que julgar o mérito da referida ação, sendo que, ao que tudo indica, manterá o entendimento fixado na apreciação da cautelar):

• no regime próprio da previdência social, considerando os servidores titulares de cargos efetivos, bem como os agentes públicos titulares de cargos vitalícios, a aposentadoria compulsória aos 70 anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, continua sendo a regra geral (art. 40, § 1º, II, da CF/1988);

• o aumento do limite de idade para 75 anos depende de Lei Complementar do Congresso Nacional de caráter nacional (tendo em vista a norma constitucional de eficácia limitada introduzida pela EC nº 88/2015);

• a aposentadoria compulsória de magistrados é tema reservado à Lei Complementar nacional, de iniciativa reservada do STF, nos termos da regra expressa contida no art. 93, VI, da CF/1988 (Estatuto da Magistratura), não havendo que se falar em interesse local, ou mesmo em qualquer singularidade que justifique a atuação legiferante estadual em detrimento da uniformização;

• até que entre em vigor a Lei Complementar para a magistratura (art. 93, VI, da CF/1988), os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do TCU – e somente eles., independentemente, da Lei Complementar nacional, por força do comando trazido pela EC nº 88/2015 – aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade, afastando-se a exigência da famigerada nova sabatina, prevista na parte final do art. 100, do ADCT, que teve a sua aplicação suspensa por vulnerar as condições materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional.

De maneira extremamente precipitada, antes mesmo da aprovação da PEC que daria origem à EC nº 88/2015, o Senador José Serra encaminhou o PL nº 274/2015-SF, que veio a ser aprovado no parlamento.

O Presidente da República, no exercício de sua função constitucional, vetou integralmente o projeto, sob o fundamento de vício de iniciativa (vício formal subjetivo), por entender que a matéria seria de iniciativa do Presidente da República. O Congresso Nacional, por sua vez, derrubou o veto, promulgando e publicando a LC nº 152/2015, concretizando a aposentadoria compulsória aos 75 anos para: a) os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; b) os membros do Poder Judiciário; c) os membros do Ministério Público; d) os membros das Defensorias Públicas; e) os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.

Assim, a aposentadoria aos 75 anos passava a ser realidade, mesmo diante de LC com duvidosa constitucionalidade em razão de vício de iniciativa, conforme já sinalizado pelo STF na ADI 5.316.

O tema foi judicializado nas ADIs 5.430 (AMB) e 5.490 (CONAMP, ANPT e ANPR), nesse último caso atacando-se o art. 2º, III, da LC nº 152/2015, que dispôs sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, para os membros do Ministério Público e, então, a sustentada violação ao art. 61, § 1º, II, "d", c/c art. 128, § 5º, e art. 129, § 4º, da CF/1988.

A linha de argumentação adotada pela Corte no julgamento da cautelar na ADI 5.316 acima exposta orientou o acolhimento pelo STF do pedido formulado em ADI contra dispositivo da Constituição do Estado de Sergipe, que, alterado por emenda, passou a disciplinar a aposentadoria compulsória de servidores públicos estaduais e municipais, inclusive magistrados estaduais (ADI 5.486, j. 2018, acórdão pendente de publicação).

No tocante à ADI 5.490, o STF julgou improcedente o pedido: "A LC nº 152/2015 regulamentou o art. 40, § 1º, II, da CF/1988 e dispôs sobre a aposentadoria compulsória por idade dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos de todos os entes federativos, dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Tribunais e dos Conselhos de Contas. 3. Não há reserva de iniciativa para a deflagração do processo legislativo sobre aposentadoria compulsória por idade dos membros do Ministério Público

(art. 129, § 4º e art. 93, VI, da CF/1988). 4. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão administrativa, não haver vício formal de iniciativa no Projeto de Lei nº 274/2015, pelo qual originou a LC nº 152/2015, por regulamentar norma constitucional com definição preexistente e regramento geral ao regime previdenciário próprio. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente" (por unanimidade, j. 2019, Plenário, DJE de 2019).

11.5 Garantias do judiciário

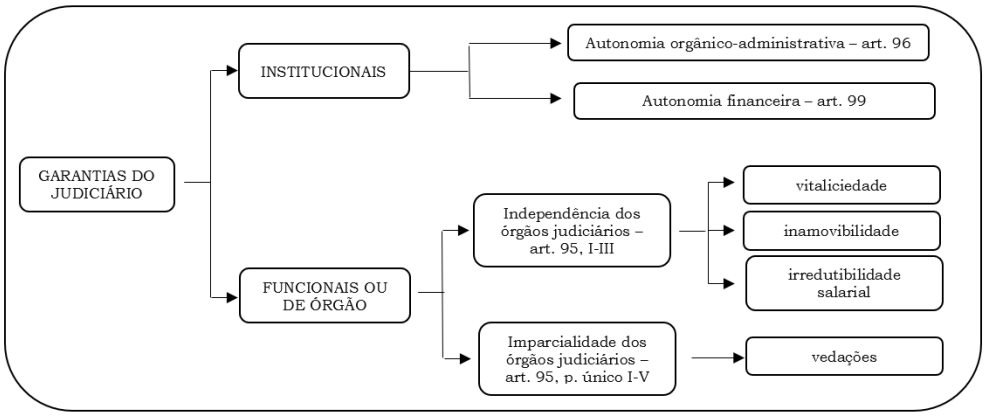
As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes.

José Afonso da Silva divide tais garantias em:

• institucionais: protegem o Judiciário como um todo, como instituição. Dividem-se em: a) garantias de autonomia orgânico-administrativa e b) garantias de autonomia financeira;

• garantias funcionais ou de órgãos: "... asseguram a independência (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário (vedações), previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular, mas em favor ainda da própria instituição".[17]

Para facilitar o estudo, apresentamos a classificação de modo esquematizado:



11.5.1 Garantias institucionais do Judiciário

11.5.1.1 Garantias de autonomia orgânico-administrativa

[17] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.* Obs.: os parênteses foram acrescentados.

A garantia de autonomia orgânico-administrativa manifesta-se na estruturação e funcionamento dos órgãos, na medida em que se atribui aos tribunais a competência para: a) eleger seus órgãos diretivos, sem qualquer participação dos outros Poderes; b) elaborar regimento interno; c) organizar a estrutura administrativa interna de modo geral, como a concessão de férias, licença, dentre outras atribuições.

Em relação à autonomia em questão, sugerimos, para as provas, uma leitura atenta do art. 96 e incisos, da CF/1988, destacando-se o estudo sobre a prerrogativa de foro no item 11.5.3.

11.5.1.2 Garantias de autonomia financeira

Estatui o art. 99, caput, da CF/1988, que ao Poder Judiciário é assegurada, além da já comentada autonomia administrativa, também a autonomia financeira. Nesse sentido, os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de diretrizes orçamentárias.

A Constituição prevê regra para o encaminhamento das propostas orçamentárias, ouvidos os outros tribunais interessados. Tal procedimento será de competência dos Presidentes do STF e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais, no âmbito da União, e dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 99, § 1º e § 2º, da CF/1988).

O art. 99, § 3º, da CF/1988, pela EC nº 45/2004, fixou que, se esses órgãos não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na Lei de Diretrizes Orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na Lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do art. 99, § 1º, da CF/1988.

Ainda, se as propostas orçamentárias forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do art. 99, § 1, da CF/1988, citado, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

Dentro dessa política, durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites determinados na Lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Como garantia assecuratória da autonomia financeira, o art. 168, da CF/1988, previu, que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês,

em duodécimos (EC nº 45/2004), na forma, da Lei Complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da CF/1988.

Por fim, dentro dessa ideia de fortalecimento da autonomia financeira do Judiciário, a Reforma do Judiciário fixou que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (art. 98, § 2º, da CF/1988).

11.5.2 Garantias funcionais do Judiciário (ou de órgãos)

As garantias funcionais, na classificação proposta por José Afonso da Silva, como sistematizado anteriormente, dividem-se em dois grupos: o primeiro engloba as garantias de independência dos órgãos judiciários (dos membros, dos magistrados), quais sejam: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (art. 95, I, II e III, da CF/1988). O segundo grupo abarca as garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários, conforme vedações previstas no art. 95, parágrafo único, da CF/1988. Vejamo-las.[18]

11.5.2.1 Garantias de independência dos órgãos judiciários

11.5.2.1.1 Vitaliciedade

Prevista no art. 95, I, da CF/1988, a vitaliciedade significa dizer que o magistrado (e, como veremos, os membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas) só perderá o cargo (uma vez vitaliciado) por sentença judicial transitada em julgado, sendo-lhe asseguradas todas as garantias inerentes ao processo jurisdicional.

Ao contrário dos magistrados, os demais servidores públicos são estáveis, ou seja, podem perder o cargo não só por decisão judicial como também por processo administrativo e mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho.[19]

---

[18] Convém lembrar, ainda, a independência jurídica dos juízes, no sentido de os magistrados não se subordinarem hierarquicamente a qualquer órgão, no desempenho de suas funções. "... o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência. A hierarquia de graus de jurisdição nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*.). Devemos destacar que a ideia de "livre convencimento" foi abolida pelo CPC, que retirou a palavra "livremente" de sua redação. Isso porque o convencimento tem que ser motivado, fundamentado, e não "livre" (cf. art. 489, do CPC).

[19] Essa matéria deverá ser aprofundada em direito administrativo, mas, desde já, adiantamos algumas regras: a estabilidade dos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público será adquirida após 3 anos de efetivo exercício. Uma vez estável, o servidor público só perderá o cargo: a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; e c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de Lei complementar, assegurada ampla defesa. Convém reforçar que, na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo, sendo, é claro, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 41, § 1º, I, II e III, c/c o art. 247, da CF/1988).

A vitaliciedade, em primeiro grau de jurisdição, só será adquirida após 2 anos de efetivo exercício do cargo, desde que, naturalmente, o magistrado supere o denominado estágio probatório. Nos 2 primeiros anos, para o juiz, que ingressou na carreira por meio de concurso de provas e títulos, ocupando o cargo de juiz substituto (art. 93, I, da CF/1988), a perda do cargo dependerá de deliberação do tribunal a que estiver vinculado (art. 95, I, da CF/1988).

Todos os membros dos tribunais têm a garantia da vitaliciedade, independentemente da forma de acesso. Mesmo um advogado ou membro do MP que integre a carreira da Magistratura, por exemplo, através da regra do quinto constitucional – art. 94, da CF/1988 (estudaremos adiante) –, ou o cidadão que preencha os requisitos constitucionais para ser escolhido e nomeado Ministro do STF (art. 101, da CF/1988), no exato momento da posse adquirirão a vitaliciedade, não tendo de passar por qualquer estágio probatório.

Devemos lembrar, ainda, que a regra da vitaliciedade (uma vez vitaliciado, o magistrado só perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado) apresenta exceções:

• Ministros do STF: na hipótese de crime de responsabilidade serão julgados pelo SF (art. 52, II, da CF/1988);

• Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça: de acordo com o art. 11, § 3º, do RI-CNJ – (art. 103-B, da CF/1988), os Conselheiros não integrantes das carreiras da Magistratura terão os mesmos direitos, prerrogativas, deveres, impedimentos constitucionais e legais, suspeições e incompatibilidades que regem a carreira da Magistratura, no que couber, enquanto perdurar o mandato (Anexo da Res. nº 67/2009, que aprovou o novo RI-CNJ). Contudo, o art. 52, II, da CF/1988 estabelece que os membros do CNJ também serão julgados pelo Senado Federal por crime de responsabilidade.

Interessante discussão surge em relação à possibilidade de o CNJ declarar a perda do cargo de magistrados vitalícios.

Uma vez vitaliciados, a regra é clara: os magistrados só poderão perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado. Portanto, na medida em que os atos do CNJ têm natureza administrativa, não nos parece possível haver revisão de vitaliciamento de magistrado pelo Conselho.

Esse entendimento foi externado pelo CNJ no julgamento do PCA 267, do Estado do Tocantins, que teve como relator o Conselheiro Paulo Lôbo. Em referido PCA, a OAB-TO pretendia a anulação do IV Concurso Público para provimento do cargo de juiz de direito substituto do Estado de Tocantins, realizado em 2004, com 18 vagas disponíveis, e dos respectivos decretos judiciários de nomeação. Alegava que os seis candidatos aprovados que tomaram posse em 2004, do total de 1.600 candidatos de várias unidades da Federação, apresentavam relações diretas com membros do Poder Judiciário do Estado, comprovadas com certidões.

Por unanimidade, o CNJ, de maneira acertada, consagrou o entendimento de que não poderia analisar a questão. Isso porque, esclarece o Relator, "... após a vitaliciedade, apenas sentença judicial transitada em julgado pode determinar a perda do cargo, o que subtrairia a competência deste Conselho. Se os juízes não tivessem obtido a vitaliciedade, então a deliberação de tribunal seria de natureza administrativa, o que permitiria a apreciação pelo CNJ da matéria da invalidade do concurso. Todavia, parece-me que a questão da eventual invalidade do concurso, que determinaria a perda dos cargos dos juízes com vitaliciedade, apenas poderia ser enfrentada em processo judicial, pois a regra constitucional atraiu para este todos os atos que a antecederam. A garantia da vitaliciedade é inviolável por decisão administrativa...".

Em relação ao tema em análise, em aparente contradição ao que expusemos, a 2ª Turma do STF estabeleceu que "o ato de vitaliciamento tem natureza de ato administrativo, e assim se sujeita ao controle de legalidade do Conselho Nacional do Ministério Público, por força do art. 130-A, § 2º, II, da CF/1988, cuja previsão se harmoniza perfeitamente com o art. 128, § 5º, I, "a", do texto constitucional" (MS 27.542, j. 2017).

Muito embora o julgado esteja relacionado ao MP e ao CNMP, o tema pode ser aqui estudado, já que o Conselho foi introduzido seguindo a mesma lógica do CNJ, e o disposto no art. 130-A, § 2º, II, da CF/1988, encontra prescrição idêntica àquela do art. 103-B, § 4º, II, da CF/1988 (atribuições do CNJ).

Lendo o acórdão do STF, observa-se que a premissa estabelecida pelo Relator foi a de inexistência de vitaliciamento, já que, conforme concluído, o impetrante permaneceu no efetivo exercício do cargo por aproximadamente 1 ano e 3 meses, portanto, por tempo inferior a 2 anos, não cumprindo, assim, o estágio probatório em razão de suspensão de suas funções.

Os Ministros da 2ª T. do STF estabeleceram, portanto, a distinção entre lapso temporal de 2 anos e vitaliciamento, este a exigir o formal e efetivo exercício das funções por 2 anos.

Naturalmente, se tivesse sido reconhecido pela Corte o prazo de 2 anos de efetivo exercício da função, haveria o vitaliciamento e, então, a regra constitucional da necessidade de sentença judicial transitada em julgado deveria ser observada, já que, conforme estudamos no item 11.13.5.2, o CNJ não exerce jurisdição, sendo órgão de natureza exclusivamente administrativa, com competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, exercer aquelas listadas no art. 103-B, § 4º, I ao VII, da CF/1988.

11.5.2.1.2 Inamovibilidade

Pela regra da inamovibilidade (art. 95, II, da CF/1988), garante-se ao juiz a impossibilidade de remoção, sem seu consentimento, de um local para outro, de uma comarca para outra, ou mesmo sede, cargo, tribunal, câmara, grau de jurisdição.

Essa regra não é absoluta, pois, como estabelece o art. 93, VIII, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 103/2019, o magistrado poderá ser removido (além de colocado em disponibilidade), por interesse público, fundando-se tal decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.[20]

A grande questão a ser analisada é se os juízes substitutos gozam da garantia da inamovibilidade, ou se, em razão de sua natureza (de substituir), poderão ser removidos de acordo com as necessidades discricionárias apontadas pelos Tribunais.

Tal problemática foi levada ao CNJ (PCA nº 2008.10.00.001873-3), que decidiu, no caso concreto, que a prerrogativa da inamovibilidade não se aplica aos juízes substitutos, mesmo que já vitaliciados.

Contra referida decisão do CNJ, foi impetrado, no STF, o MS 27.958, julgado em 2012.

O Min. Marco Aurélio, vencido, apresentou argumentos interessantes, denegando a ordem no mérito "por considerar que a inamovibilidade não guardaria pertinência com o cargo de juiz substituto, haja vista que o juiz seria assim nomeado para atender às necessidades de substituição. Ressaltava que assentar que o juiz substituto gozaria da prerrogativa inerente à inamovibilidade descaracterizaria o próprio cargo por ele ocupado e que eventual abuso do poder se resolveria em outro campo, sendo que cada Estado-membro poderia ter a própria organização judiciária, a limitar a movimentação do juiz substituto" (Inf. 666/STF).

Contudo, a maioria dos Ministros (o julgamento foi por 8 x 1) entendeu, de maneira acertada, que a garantia da inamovibilidade se aplica aos juízes substitutos. Vejamos:

"EMENTA: [...]. A inamovibilidade é, nos termos do art. 95, II, da CF/1988, garantia de toda a magistratura, alcançando não apenas o juiz titular como também o substituto. O magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do art. 93, VIII, da CF/1988" (MS 27.958, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2012, Plenário, DJE de 2012).

O importante contraponto a ser feito em relação ao juiz substituto é o juiz titular, e não o vitalício. Assim, é possível que o juiz seja vitalício e ainda substituto, sem que, mesmo que substituto, deixe de ter a garantia da inamovibilidade.

---

[20] Cuidado, trata-se de regra nova, já que, antes, da EC nº 45/2004, o *quorum* era de 2/3, e não maioria absoluta, e não se fixava tal competência ao CNJ, que foi criado pela Reforma do Judiciário. A EC nº 103/2019 (Reforma da Previdência), por sua vez, excluiu a possibilidade de decretar a aposentadoria, nos termos prescritos no art. 93, VIII, da CF/1988.

A Constituição não fez nenhuma exigência em relação à garantia da inamovibilidade, exigindo prazo de 2 anos apenas para a vitaliciedade.

Assim, desde a posse, o juiz substituto deve ter a garantia de não ser removido para fora da unidade judiciária em que está formalmente lotado. Trata-se de unidade de competência judicante, adstrita a uma base territorial geograficamente determinada e predefinida.

Dessa forma, muito embora o "papel" do juiz substituto seja o de substituir, deverá exercer a sua função dentro da sua circunscrição judiciária, definida, no âmbito estadual, pelo Código Judiciário de cada unidade federativa.

A circunscrição judiciária será constituída da reunião de comarcas contíguas da mesma região, uma das quais será a sua sede, e, assim, a substituição poderá dar-se nas respectivas comarcas.

O que não se pode aceitar é a remoção indistinta do juiz substituto para circunscrições diversas, com o risco de perseguição do magistrado e flagrante violação, inclusive, ao princípio do juiz natural.

Podemos concluir, portanto, que a decisão do STF, ao aceitar a garantia da inamovibilidade para o juiz substituto, prestigia a Constituição, evitando a sua transformação em juiz itinerante, bem como eventuais pressões que possa sofrer dos órgãos internos da própria judicatura.

11.5.2.1.3 Irredutibilidade de subsídios

Previsto no art. 95, III, da CF/1988, o subsídio dos magistrados (forma de remuneração, consoante a EC nº 19/1998) não poderá ser reduzido, garantindo-se, assim, o livre exercício das atribuições jurisdicionais.[21]

Lembramos que o STF já se pronunciou no sentido de tratar-se de garantia nominal, e não real, ou seja, os magistrados não estão livres da corrosão de seus subsídios pela inflação.

Tal como se verifica para os servidores públicos em geral, o subsídio mensal dos membros do Judiciário, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF. Hão de se observar, outrossim, nos termos da regra trazida pela EC nº 41/2003 (Reforma da Previdência), os denominados subtetos, que, no âmbito do Judiciário estadual e distrital, será o subsídio

[21] Essa garantia não é exclusiva dos magistrados, na medida em que o art. 37, XV, da CF/1988, preceitua que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto no art. 37, XI e XIV e nos arts. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III e § 2º, I, da CF/1988. Aos membros do Ministério Público, como veremos, também foi assegurada a aludida garantia (art. 128, § 5º, I, "c", da CF/1988).

máximo pago aos Desembargadores do TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

Buscando amenizar o impacto da Reforma, a EC nº 47/2005 (que tramitou como a "PEC Paralela da Previdência") acrescentou o art. 37, § 11, da CF/1988, nos seguintes termos: "não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o art. 37, caput, XI, da CF/1988, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei".

O art. 4º, da EC nº 47/2005, por sua vez, estabelece que, enquanto não editada a Lei a que se refere o art. 37, § 11, da CF/1988, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o art. 37, caput, XI, da CF/1988, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação, da EC nº 41/2003.

Em julgamento liminar da ADI 3.854, o STF diferenciou o subsídio máximo da Magistratura estadual, correspondente a 90,25% do subsídio pago aos Ministros do STF, do teto de remuneração (subsídio mais alguma vantagem funcional), que, por isonomia à Magistratura federal (art. 93, V, da CF/1988), corresponderá a 100% do subsídio mensal dos Ministros do STF.[22]

O subsídio, como forma de remuneração, está sujeito a tributação (art. 150, II, art. 153, III e § 2º, I, da CF/1988), devendo ser fixado em parcela única (art. 37, X e XI, c/c o art. 39, § 4º, da CF/1988) e obedecer ao escalonamento a que se refere o art. 93, V, da CF/1988.[23]

11.5.2.2 Garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários

Aos magistrados foram impostas algumas vedações, delimitadas nos incisos do parágrafo único do art. 95, da CF/1988.

Trata-se de rol taxativo, exaustivo, por restringir direitos. Assim, aos juízes é vedado:[24]

---

[22] Cf. item 11.10 deste estudo. O STF, em 2008, reconheceu conexão entre a ADI 3.854 e a ADI 4.014 e, portanto, determinou, na forma do art. 103, do CPC/1973 (correspondente ao art. 55, CPC), a reunião dos feitos para tramitação e julgamento conjuntos (matéria pendente de julgamento pelo STF).

[23] O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF, e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em Lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos art. 37, XI e 39, § 4º, da CF/1988.

[24] "Os impedimentos constitucionais dos juízes consistem em vedações que visam a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*).

• exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;[25] e [26]

• receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

• dedicar-se à atividade político-partidária;

• receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em Lei (EC nº 45/2004);

• exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (EC nº 45/2004 – a denominada quarentena de saída).

11.5.3 Prerrogativa de foro: O magistrado aposentado tem direito a foro especial por prerrogativa de função?

Não.

Conforme esquematizamos no item 10.4.14, os magistrados têm prerrogativa de foro na hipótese de crime comum e de responsabilidade, durante o exercício da função judicante.

A grande questão que se coloca é saber se o magistrado aposentado continuaria com essa prerrogativa.

• argumentos pela manutenção da prerrogativa de foro: em primeiro lugar, na linha do voto do Min. Menezes Direito, o fato concreto que está sendo analisado aconteceu enquanto o magistrado ainda exercia a sua função judicante, portanto, antes da aposentadoria. Enquanto juiz de direito, mesmo aposentado, continua com a vitaliciedade, não perdendo o cargo, mantida estaria a prerrogativa de foro. Além do mais, há previsão nesse sentido no art. 48 do Estatuto de Roma (TPI). Já o Min. Eros Grau diferenciou a prerrogativa que decorre da função, como no caso de mandato eletivo temporário, da prerrogativa que decorreria do cargo, no caso do magistrado que é vitalício;

---

[25] Cf. Res. nº 10/2005-CNJ, que veda o exercício, pelos integrantes do Poder Judiciário, de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares (art. 52 e art. 53, Lei nº 9.615/1998). Nesse sentido, o STF assim decidiu: "(...) A Res. nº 10/2005-CNJ, consubstancia norma proibitiva, que incide, direta e imediatamente, no patrimônio dos bens juridicamente tutelados dos magistrados que desempenham funções na Justiça Desportiva e é caracterizada pela autoexecutoriedade, prescindindo da prática de qualquer outro ato administrativo para que as suas determinações operem efeitos imediatos na condição jurídico-funcional dos Impetrantes. Inaplicabilidade da Súmula nº 266 do STF. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado. O art. 95, parágrafo único, I, da CF/1988, vinculou-se a uma proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério" (MS 25.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2008, DJE de 2008).

[26] Sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional, cf. Res. nº 34/2007-CNJ.

• argumentos contrários à manutenção da prerrogativa de foro: lembrando jurisprudência discutida e estudada no item 9.9.2.3, findo o exercício da função, a prerrogativa de foro deixa de existir (salvo no caso de fraude processual, estudada no referido item). Segundo o Min. Lewandowski, ainda, com base no RE 291.485/RJ "... o foro especial por prerrogativa de função tem por objetivo o resguardo da função pública; que o magistrado, no exercício do ofício judicial, goza da prerrogativa de foro especial, garantia que está voltada não à pessoa do juiz, mas aos jurisdicionados; e que, não havendo mais o exercício da função judicante, não há de perdurar o foro especial, haja vista que o resguardo dos jurisdicionados, nesse caso, não é mais necessário. Ressaltou, ainda, que o provimento vitalício é o ato que garante a permanência do servidor no cargo, aplicando-se apenas aos que integram as fileiras ativas da carreira pública" (Inf. 495/STF).

O STF, por maioria, resolveu a questão no julgamento dos REs 546.609 e 549.560, reafirmando a orientação jurisprudencial no sentido de que os magistrados que se aposentam perdem a prerrogativa de foro, mesmo em relação a atos praticados no exercício da função e em virtude desta, destacando-se os seguintes argumentos:

• "o foro especial por prerrogativa de função teria por objetivo o resguardo da função pública;

• o magistrado, no exercício do ofício judicante, gozaria da prerrogativa de foro especial, garantia voltada não à pessoa do juiz, mas aos jurisdicionados; e

• o foro especial, ante a inexistência do exercício da função, não deveria perdurar, haja vista que a proteção dos jurisdicionados, nesse caso, não seria mais necessária" (RE 549.560, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2012, Plenário, Inf. 659/STF).

Dessa forma, a aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, enseja o fim da prerrogativa de foro e, portanto, a transferência da competência para o processo e julgamento de eventual ilícito penal para a primeira instância.

Esse mesmo entendimento, em razão da extinção do vínculo funcional e da cessação da investidura no cargo, também deve ser adotado para a hipótese de aplicação de pena disciplinar de aposentadoria compulsória, sob pena de se violar o postulado republicano, "que repele privilégios e não tolera discriminações".

Conforme anotou o Min. Celso de Mello, "a prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, "*ratione muneris*", a significar, portanto, que é unicamente deferida em razão do cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal" (AO 1.981, j. 2017, decisão monocrática. Cf., também, a nova orientação da Corte sobre a prerrogativa de foro no julgamento da AP 937 QO – item 9.9.2.3.5).

11.6 Estrutura do judiciário

11.6.1 Órgãos de convergência e órgãos de superposição

As regras do Poder Judiciário vêm previstas nos art. 92 ao art. 126, da CF/1988. Conforme esquematizado no item seguinte e constatado pelo organograma do item 11.6.5, pode-se afirmar que o STF e os Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM) são órgãos de convergência, têm sede na Capital Federal (Brasília) e exercem jurisdição sobre todo o território nacional, nos termos do art. 92, § 2º, da CF/1988.

Denominam-se órgãos ou centros de convergência visto que, segundo ensina Dinamarco, "cada uma das Justiças especiais da União (Trabalhista, Eleitoral e Militar, acrescente-se), tem por cúpula seu próprio Tribunal Superior, que é o responsável pela última decisão nas causas de competência dessa Justiça – ressalvado o controle de constitucionalidade, que sempre cabe ao Supremo Tribunal Federal. Quanto às causas processadas na Justiça Federal ou nas locais, em matéria infraconstitucional a convergência conduz ao Superior Tribunal de Justiça, que é um dos Tribunais Superiores da União embora não integre Justiça alguma; em matéria constitucional, convergem diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Todos os Tribunais Superiores convergem unicamente ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da Justiça brasileira e responsável final pelo controle de constitucionalidade de leis, atos normativos e decisões judiciárias".[27]

E quais, então, seriam os denominados pela doutrina órgãos de superposição? Na medida em que não pertencem a nenhuma Justiça, podemos classificar o STF e o STJ (Tribunais da União) não só como órgãos de convergência, como já visto, mas, também, como órgãos de superposição. Isso porque, embora não pertençam a nenhuma Justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das Justiças comum e especial. As decisões do STJ se sobrepõem àquelas da Justiça Federal comum, da Estadual e daquela do Distrito Federal e Territórios, ao passo que as decisões do STF se sobrepõem a todas as Justiças e Tribunais.

11.6.2 Justiças: Comum e especial

Além dos órgãos de superposição (STF e STJ), temos as diversas Justiças, divididas em comum e especial (ou especializada).

Justiça comum:

---

[27] DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo.*

a) Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais – art. 106 ao art. 110, da CF/1988, bem como a criação de Juizados Especiais nos termos, da Lei Federal nº 10.259/2001 – art. 98, § 1º, da CF/1988);

b) Justiça do Distrito Federal e Territórios (Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios, organizados e mantidos pela União – art. 21, XIII, e art. 22, XVII, da CF/1988 que também criará os Juizados Especiais e a Justiça de Paz);

c) Justiça Estadual comum (ordinária) (art. 125, da CF/1988 – juízos de primeiro grau de jurisdição, incluídos os Juizados Especiais[28] – art. 98, I, da CF/1988 – e a Justiça de Paz – art. 98, II, da CF/1988,[29] bem como os de segundo grau de jurisdição, compostos pelos Tribunais de Justiça. Lembrar que a possibilidade de criação dos Tribunais de Alçada, nos termos do art. 96, II, "c", da CF/1988, e art. 108 da LOMN,[30] não mais existe em razão do art. 4º, da EC nº 45/2004).

Justiça especial:

a) Justiça do Trabalho: composta pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST; Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs e pelos Juízes do Trabalho (Varas do Trabalho) (art. 111 ao art. 116, da CF/1988);[31]

b) Justiça Eleitoral: composta pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Tribunais Regionais Eleitorais – TREs, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais (art. 118 ao art. 121, da CF/1988);

c) Justiça Militar da União: Superior Tribunal Militar – STM e, em primeiro grau, monocraticamente pelos Juízes Federais da Justiça Militar (Lei nº 13.774/2018), ou pelo colegiado, no caso, os Conselhos de Justiça, Especial e Permanente, nas sedes das Auditorias Militares (art. 122 ao 124, da CF/1988);

---

[28] Lembramos que os Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeiro grau. Cf. a Lei nº 9.099/1995 sobre os juizados em âmbito estadual; a Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, regulamentando o art. 98, § 1º, da CF/1988 e, finalmente, a Lei nº 12.153/2009, que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

[29] A Justiça de Paz, criada pela União, Distrito Federal, Territórios (quando surgirem) e Estados, será remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de 4 anos e competência para, na forma, da Lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. Conforme observou Bulos, "para ser juiz de paz não é necessário conhecimento jurídico, nem nível superior. Trata-se de um juiz leigo, não togado, podendo ser qualquer pessoa capaz, dotada de escrúpulo, maturidade e bom senso. Não gozam das garantias da magistratura (art. 95, da CF/1988), sendo eleitos pelo voto direto, universal e secreto, dentre cidadãos domiciliados na área de atuação. O mandato é de quatro anos" (BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada.*). Sobre o assunto, cf. item 11.11 deste estudo.

[30] O art. 108 da LOMN (LC nº 35/1979) estabelece: "poderão ser criados nos Estados, mediante proposta dos respectivos Tribunais de Justiça, Tribunais inferiores de segunda instância, denominados Tribunais de Alçada, observados os seguintes requisitos...".

[31] De acordo com as profundas alterações trazidas pela EC nº 24/1999 (DOU de 1999).

d) Justiça Militar dos Estados, do Distrito Federal e Territórios:[32] Tribunal de Justiça – TJ, ou Tribunal de Justiça Militar – TJM, nos Estados em que o efetivo militar for superior a 20.000 integrantes e, em primeiro grau, pelos juízes de direito togados (juízes de direito da Justiça Militar Estadual) e pelos Conselhos de Justiça, com sede nas auditorias militares – art. 125, § 3º, § 4º e § 5º, da CF/1988 – EC nº 45/2004).

11.6.3 Competência penal versus competência civil

Dentre todas as Justiças acima apontadas, somente a Justiça do Trabalho não tem competência penal (julga e concilia apenas dissídios individuais e coletivos oriundos das relações trabalhistas).

Até o advento, da EC nº 45/2004, as Justiças Militares (União, Estados e a do Distrito Federal e Territórios) só tinham competência penal, e não civil, vale dizer, julgavam apenas e tão somente os crimes militares definidos em lei. Os atos disciplinares eram julgados pela Justiça Federal (atos praticados por integrantes das Forças Armadas) ou pelos Juízos da Fazenda Pública (atos praticados por militares estaduais), ou mesmo Justiça comum estadual, quando inexistentes as Varas Especializadas da Fazenda Pública estadual em razão de sua não instituição.

Com o novo art. 125, § 5º, da CF/1988, introduzido pela Reforma do Judiciário, a Justiça Militar Estadual (e veja, somente a estadual, podendo, em nosso entender, ser ampliada para a do Distrito Federal e Territórios), através de seus juízes de direito togados (e não pelos Conselhos, como se verá), passou a ter competência para julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, portanto, de natureza civil, e não mais exclusivamente penal, como acontecia antes da Reforma.

As demais, Federal, Eleitoral, Estaduais e a do Distrito Federal e Territórios, têm tanto competência penal como civil.

11.6.4 Juizados especiais: Algumas particularidades

11.6.4.1 Não cabimento de recurso especial para o STJ e o cabimento de RCL

A Lei nº 12.153/2009, dispôs sobre os Juizados da Fazenda Pública.[33]

---

[32] Cabe alertar que o STF e o STJ não são órgãos da Justiça Militar Estadual. No entanto, poderão julgar, dependendo do assunto, recursos interpostos em face de acórdãos do TJ ou TJM (este quando instalado). Nesse sentido, o STM não julgará matéria da Justiça Militar Estadual, já que a sua competência está restrita à Justiça Militar Federal (enquanto instância recursal).

[33] De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.153/2009, com as ressalvas explicitadas (sugerimos uma leitura para as provas), é de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar

Assim, o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal passou a ser formado pelos:

• Juizados Especiais Cíveis;

• Juizados Especiais Criminais;

• Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Em se tratando de Juizados Especiais, de acordo com a lei, o segundo grau de jurisdição é exercido pelas Turmas Recursais, compostas por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado (Colégio Recursal) (cf. art. 41, § 1º, e art. 82, da Lei nº 9.099/1995).

A Lei nº 12.153/2009 não inova em relação a essa regra, estabelecendo, nos termos de seu art. 17, da Lei nº 12.153/2009, que as Turmas Recursais do Sistema dos Juizados Especiais são compostas por juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, na forma da legislação dos Estados e do Distrito Federal, com mandato de 2 anos, e integradas, preferencialmente, por juízes do Sistema dos Juizados Especiais. A designação dos juízes das Turmas Recursais obedecerá aos critérios de antiguidade e merecimento, não sendo permitida a recondução, salvo quando não houver outro juiz na sede da Turma Recursal.

Por sua vez, a Lei nº 12.665/2012 dispôs sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, criando os respectivos cargos. De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.665/2012, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais das Seções Judiciárias são formadas, cada uma, por 3 juízes federais titulares dos cargos de Juiz Federal de Turmas Recursais e por 1 juiz suplente.

Mais tecnicamente, poderíamos dizer que as Turmas Recursais funcionam como segunda instância recursal, podendo ser enquadradas como órgãos colegiados de primeiro grau.

Assim, como não se trata de Tribunal, mas de Turma Recursal, o STJ firmou o seguinte entendimento na Súmula 203/STJ: "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais".

Isso porque o art. 105, III, da CF/1988 confere competência para o STJ julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos TRFs ou pelos TJs dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, não fazendo menção às causas decididas pelas Turmas de Colégio Recursal, que diferem dos TRFs e TJs.

Avançando, apesar de não caber recurso especial, os Ministros do STF, no julgamento dos EDcl nº RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2009, entenderam que cabe reclamação, com fundamento no art. 105, I, "f", da CF/1988, para o STJ, quando a decisão

---

causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos, podendo ser partes, como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas

de Turma Recursal de Juizados Estaduais violar a interpretação da legislação infraconstitucional federal dada pela jurisprudência do STJ (cf. Inf. 557/STF).

Alerta-se que, no âmbito dos juizados estaduais, ainda não foi criada a Turma de Uniformização da Jurisprudência, prevista no PL nº 16/2007-CD, realidade, por outro lado, para o âmbito dos Juizados Federais (Lei nº 10.259/2001, inclusive com recurso para a referida Corte – art. 14, § 4º, da CF/1988) e, agora, dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 18 e art. 19, da Lei nº 12.153/2009).

Outro entendimento, segundo a Min. Ellen Gracie, levaria a decisões divergentes das proferidas pelo STJ, provocando verdadeira insegurança jurídica e prestação jurisdicional incompleta.

Nesse sentido, o STJ, em um primeiro momento, editou a Res. nº 12/2009, dispondo, no art. 1º, da Res. nº 12/2009-STJ, que as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do CPC ("julgamento por amostragem") serão oferecidas no prazo de 15 dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo.

Essa resolução foi expressamente revogada pela ER nº 22/2016, considerando o fluxo volumoso de Reclamações no STJ envolvendo Juizados Especiais e a decisão da Corte Especial na Questão de Ordem proferida nos autos do AgRg na Rcl nº 18.506/SP.

Assim, o tema passou a ser regulamentado pela Res. nº 3/2016, nos seguintes termos: "caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes".

11.6.4.2 Cabimento de RE para o STF

Apesar de não caber Recurso Especial para o STJ, o STF editou a Súmula 640, afirmando a possibilidade do RE: "é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal".

Perceba que o art. 102, III, da CF/1988, diferentemente do art. 105, III, da CF/1988, fala em "causa decidida", e não em "causa decidida por tribunal". Assim, englobadas estão as causas decididas por Turma de Colégio Recursal.

Devemos alertar, contudo, que o pleno Virtual do STF, em 2015, no julgamento de 3 recursos extraordinários com agravo (ARE 835.833 – responsabilidade pelo inadimplemento de obrigação em contrato privado; ARE 837.318 – revisão contratual; e ARE 836.819 – indenização decorrente de acidente de trânsito), estabeleceu entendimento bastante restritivo para o conhecimento de recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais. Vejamos a ementa de um desses julgados e que serviu de base para a explicitação da orientação da Corte em relação ao instituto da repercussão geral em recursos dessa natureza (conforme destacou o Min. Teori Zavascki, até 2014, apesar do alto número de REs interpostos, apenas 9 tiveram a repercussão geral reconhecida):

"EMENTA: 1. Como é da própria essência e natureza dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais previstos na Lei 9.099/1995, as causas de sua competência decorrem de controvérsias fundadas em relações de direito privado, revestidas de simplicidade fática e jurídica, ensejando pronta solução na instância ordinária. Apenas excepcionalmente essas causas são resolvidas mediante aplicação direta de preceitos normativos constitucionais. E mesmo quando isso ocorre, são incomuns e improváveis as situações em que a questão constitucional debatida contenha o requisito da repercussão geral de que tratam o art. 102, § 3º, da CF/1988 [...]. 2. Por isso mesmo, os recursos extraordinários interpostos em causas processadas perante os Juizados Especiais Cíveis, da Lei nº9.099/1995 somente podem ser admitidos quando: a) for demonstrado o prequestionamento de matéria constitucional envolvida diretamente na demanda e; b) o requisito da repercussão geral estiver justificado com indicação detalhada das circunstâncias concretas e dos dados objetivos que evidenciem, no caso examinado, a relevância econômica, política, social ou jurídica. 3. À falta dessa adequada justificação, aplicam-se ao recurso extraordinário interposto nas causas de Juizados Especiais Estaduais Cíveis, da Lei nº9.099/1995 os efeitos da ausência de repercussão geral..." (ARE 835.833, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 2015, Plenário, DJE de 2015).

11.6.4.3 Cabimento de HC e MS contra ato de juizado especial – Superação da S. 690/STF

O STF editou, em sessão plenária de 2003, a Súmula 690: "compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais".

CUIDADO: em novo julgamento, o STF entendeu por superada a Súmula 690, definindo a competência do TJ local na hipótese de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal.

Em relação a este último entendimento firmado na S. 690 do STF, o Ministro Marco Aurélio já havia suscitado questão de ordem no julgamento do HC 83.228, no sentido de

saber se ainda prevalecia tendo em vista a redação conferida ao art. 102, I, "i", da CF/1988, pela EC nº 22/1999, que fala em ato de "Tribunal Superior". Tinha, pois, por superado o entendimento, no que foi acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso. Em um primeiro momento, o STF, por maioria, julgou válida a interpretação fixada na S. 690 e conheceu do *habeas corpus* (cf. Infs. STF ns. 327 e 394 e Notícias STF, 2005).

Contudo, em nova e posterior manifestação sobre a matéria, o STF, finalmente, concluiu por superada a tese fixada no enunciado da Súmula 690.

Trata-se do julgamento do HC 86.834, em 2006, no qual, por 8 x 3, o STF, aderindo à tese, então vencida do Min. Marco Aurélio, decidiu como competente o TJ local para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal.

"[...] Entendeu-se que, em razão de competir aos tribunais de justiça o processo e julgamento dos juízes estaduais nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III, da CF/1988), a eles deve caber o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra ato de turma recursal de juizado especial criminal. Asseverou-se que, em reforço a esse entendimento, tem-se que a competência originária e recursal do STF está prevista na própria Constituição, inexistindo preceito que delas trate que leve à conclusão de competir ao Supremo a apreciação de *habeas corpus* ajuizados contra atos de turmas recursais criminais. Considerou-se que a EC nº 22/1999 explicitou, relativamente ao art. 102, I, "i", da CF/1988, que cumpre ao Supremo julgar os *habeas corpus* quando o coator for tribunal superior, constituindo paradoxo admitir-se também sua competência quando se tratar de ato de turma recursal criminal, cujos integrantes sequer compõem tribunal..." (HC 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2006, Inf. 437/STF).[34]

Essa nova orientação, no que respeita ao *habeas corpus* (e observa-se que o STF decidia apenas em relação ao *habeas corpus*, não chegando a analisar, no precedente citado, a hipótese do mandado de segurança), está, de vez, pacificada, destacando-se, por exemplo, as decisões tomadas, monocraticamente, pelo Ministro Gilmar Mendes, nos *habeas corpus* nº 87.835, 89.432, 89.460 e 89.495, declinando competência para o Tribunal de Justiça; bem como julgamento proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao determinar a remessa do HC 89.923 para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Confira, ainda, no mesmo sentido: HC 85.240, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2008, DJE de 2008; HC 86.026-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2006, DJ de 2006; HC 89.630-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2006; e, mais recentemente, HC 101.014-MC/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2009, bem como HC 104.893, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2010, monocrático.

E como fica a solução para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato dos juízes dos Juizados Especiais cíveis (1ª instância e Turma Recursal)?

---

[34] A íntegra do voto do Ministro relator Marco Aurélio, no julgamento do *leading case* HC 86.834, pode ser encontrada em Inf. 440/STF

Em determinado julgado, o STF decidiu, diferentemente do que fora firmado em relação ao *habeas corpus*, tendo por base o art. 21, VI, da LC nº 35/1979 (LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional), ser competente a própria Turma Recursal de Juizado Especial para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos, afastando-se a alegada competência originária da Suprema Corte para o julgamento do mandado, bem como a do Tribunal de Justiça (adotando-se, assim, regra distinta da fixada para o *habeas corpus* (MS 24.691-QO/MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 2003, Inf. 332/STF). Nesse sentido:

"EMENTA: Competência: Turma Recursal dos Juizados Especiais: mandado de segurança contra seus próprios atos e decisões: aplicação analógica do art. 21, VI, da LOMAN. A competência originária para conhecer de mandado de segurança contra coação imputada a Turma Recursal dos Juizados Especiais é dela mesma e não do Supremo Tribunal Federal" (MS-QO 24.691/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Plenário, DJ de 2005).

Esse entendimento em relação ao mandado de segurança, por unanimidade, veio a ser reafirmado pelo pleno do STF:

"EMENTA: As turmas recursais são órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos juizados especiais, de forma que os juízes dos juizados especiais estão a elas vinculados no que concerne ao reexame de seus julgados. Competente a turma recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso. Primazia da simplificação do processo judicial e do princípio da razoável duração do processo" (RE 586.789, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2011, Plenário, DJE de 2012).

O art. 21, VI, da LC nº 35/1979 (LOMAN) estabelece ser competência privativa dos "Tribunais" julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções.

Assim, o precedente para o mandado de segurança se funda na interpretação dada ao art. 21, VI, da LOMAN. E percebam que o dispositivo legal se refere apenas ao MS, e não ao HC, motivo pelo qual surgiram regras distintas para cada remédio constitucional.

No STJ, a Min. Maria Thereza de Assis Moura assim se posicionou (CC 38.020/STJ): "Na questão de ordem supracitada, o entendimento vencedor considerou que, mesmo estando os membros das Turmas Recursais subordinados administrativamente ao Tribunal respectivo, elas devem ser consideradas como órgãos independentes e de segundo grau de jurisdição. Desta forma, o vínculo administrativo não define a competência do Tribunal para o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado que atua em Turma Recursal. Pelo contrário, por serem as Turmas Recursais funcionalmente independentes dos Tribunais, a solução foi dada pela interpretação analógica do art. 21, VI,

da LC nº 35/1979, *in verbis*: Art. 21 – Compete aos Tribunais, privativamente: [...] VI – julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções".

Essa interpretação foi mantida no julgamento do MS 25.087 ED/SP-STF, Rel. Min. Carlos Britto, 2006 (Inf. 441/STF), determinando a Suprema Corte o encaminhamento dos autos para o tribunal competente, no caso, a Turma Recursal (mudando, inclusive, a jurisprudência que, até então, não acolhia a necessidade de indicar o órgão julgador competente).

Pode-se afirmar, portanto, que o STF não tem competência originária para o julgamento de MS contra ato dos juízes dos Juizados ou das Turmas dos Colégios Recursais dos Juizados Especiais, sobretudo em razão da regra do art. 102, I, "d", da CF/1988, que prevê a competência originária do STF somente contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.[35] A competência, como já decidido, para o mandado de segurança (e, insisto, segundo o STF, apenas para o MS, já que a regra do HC é outra, no caso, o TJ) será da própria Turma Recursal. Confira:

"EMENTA: Competência. Mandado de segurança. Ato de turma recursal. O julgamento do mandado de segurança contra ato de Turma Recursal cabe à própria Turma, não havendo campo para atuação quer de Tribunal de Justiça, quer do Superior Tribunal de Justiça. Precedente: Questão de Ordem no MS nº 24.691/MG, Plenário, de 2003, redator do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence..." (AI 666.523 AgR/BA, Rel. Min. Lewandowski, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 2010, 1ª T., DJE de 2010).

E pacífica é a jurisprudência do STJ, materializada na S. 376, editada pela Corte Especial, em 2009, e que tem o seguinte teor: "compete a Turma Recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial", e, analisando os precedentes, mesmo se o ato coator tiver sido praticado por Juiz da Turma Recursal (cf., no STJ, CC nº 38.020 ou CC nº 39.950). Prevalece, dessa forma, a regra fixada no art. 21, VI, da LOMAN, conforme indicado acima.

O STJ firmou entendimento flexibilizando a regra contida na citada S. 376, na hipótese de discussão não sobre o mérito da decisão proferida pela Turma Recursal, mas sobre a competência dos Juizados, quando, então, o conflito seria resolvido pelo TJ (cf. CC 39.950/BA, Corte Especial, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJE de 2008 e, seguindo essa mesma linha, por exemplo, o RMS 30.170/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2010, 3ª T.,).

---

[35] Cf. MS 25.982, Rel. Min. Eros Grau (DJ de 31.05.2006) e 24.205, Rel. Min. Ellen Gracie (DJ de 07.06.2002).

CUIDADO: esse entendimento foi expressamente afastado pela 1ª Turma do STF no julgamento do AI 666.523 AgR/BA, em 2010, quando, então, de acordo com a ementa citada acima, pacificou-se no STF que a competência será sempre da própria Turma Recursal para julgar mandado de segurança.

Contudo, com o máximo respeito, avançando a regra fixada no MS 24.691 e agora à luz da tese adotada no HC 86.834, não temos por coerente o julgamento de mandado de segurança contra ato de Turma Recursal pela própria Turma Recursal, pelo menos, ao que parece, seguindo o mesmo entendimento do HC 86.834.

Não é pelo fato de ser MS que o entendimento deva ser diferente do HC, com base, simplesmente, no art. 21, VI, da LOMAN. Ambas são ações constitucionais e buscam o seu fundamento diretamente na Constituição, no caso, para nós, no art. 96, III, da CF/1988, e na inexistência de previsão específica para outro Tribunal.

A nosso ver a melhor interpretação é aquela que entende ser competente para o julgamento de mandado de segurança contra ato de juiz de direito do Juizado a Turma do Colégio Recursal. Todavia, contra atos ou decisões das Turmas dos Colégios Recursais dos Juizados Especiais, a competência para o julgamento do MS (e não se está falando em recurso contra o julgamento da Turma Recursal), assim como para o julgamento do HC e desde que originária, seria do TJ local.[36]

CUIDADO: essa nossa proposta, em relação ao mandado de segurança, não foi acolhida nem pelo STF nem pelo STJ. Portanto, para as provas de concursos, adotar o entendimento de que a competência para o julgamento do MS é da própria Turma Recursal. Apenas na hipótese de HC é que a competência para o julgamento de ato de Turma Recursal seria do TJ.

Proposta de esquematização da matéria em relação aos Juizados:

• S. 203/STJ – "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais". Trata-se, no caso, de decisões das Turmas de Colégio Recursal, que, por não serem Tribunais, não encontram guarida na regra contida no art. 105, III, da CF/1988. Cabe, no entanto, até que seja aprovado o PL 16/2007-CD, conforme definiu o STF (RE 571.572), reclamação, com fundamento no art. 105, I, "f", da CF/1988, para o STJ, quando a decisão de Turma Recursal de Juizados Estaduais violar a interpretação da legislação infraconstitucional federal dada pela jurisprudência do STJ;

• de decisão de Turma de Colégio Recursal pode caber tanto o HC para o TJ local como, na mesma linha e como interpretamos (vide ressalva abaixo), MS a ser julgado pelo TJ local (competência originária). Trata-se de interpretação ampla da regra geral de que o TJ local julga ato de juízes de direito e com fundamento no art. 96, III, da CF/1988. Nesse sentido,

---

[36] Nesse sentido já se manifestou, em voto isolado, o Ministro Marco Aurélio no MS-QO 24.674, j. 2003, DJ de 2004, e no MS-QO 24.691, j. 2003, DJ de 2005.

na medida em que a Turma Recursal é composta por juízes de direito, constituindo-se, assim, Órgão Colegiado, justificada está a competência (originária) para o TJ local.

CUIDADO: esse entendimento em relação ao mandado de segurança contraria a S. 376/STJ, bem como o posicionamento do STF, que indicam, como órgão competente, a própria Turma Recursal para o julgamento do mandado de segurança. Assim, em relação ao *habeas corpus*, segundo o STF, a competência para julgar ato da Turma Recursal seria do TJ (cf. HC 86.834). Contudo, em se tratando de mandado de segurança, a competência é da própria Turma Recursal (cf. MS-QO 24.691/MG – sendo esse o entendimento a ser adotado nas provas de concursos);

• de acórdão do TJ local, se adotarmos o posicionamento fixado no referido HC, na hipótese de *habeas corpus* decidido em única instância (competência originária, já que o ato atacado é de Turma Recursal, e não em grau de recurso), nos termos do art. 105, II, "a", da CF/1988, caberá ROC – Recurso Ordinário Constitucional para o STJ, quando denegatória a decisão;

• de acórdão do TJ local, na hipótese de mandado de segurança decidido em única instância (competência originária), e aceita a nossa interpretação no sentido da competência do TJ local – lembrando que não é essa a adotada pelo STF, nos termos do art. 105, II, "b", da CF/1988 –, caberá ROC – Recurso Ordinário Constitucional para o STJ, quando denegatória a decisão;

• na medida em que a orientação adotada pelo STF na hipótese de mandado de segurança é a competência da própria Turma Recursal, caberá, no máximo, recurso extraordinário para o STF ou, enquanto não aprovado o PL nº 16/2007-CD, citado acima, eventualmente, reclamação para o STJ;

• S. 640: "é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal". Assim, não confundir RE com as ações constitucionais de MS e HC tratadas nos itens anteriores (ver perspectiva restritiva de cabimento indicada no item 11.6.4.2 para o conhecimento de recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais);

• contra ato dos Juízes de Direito dos Juizados Especiais (juízos de primeira instância), caberá HC ou MS para a Turma Recursal. Nesse sentido, destacamos o Enunciado nº 62 do XV Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (2004, Florianópolis – SC): "Cabe exclusivamente às Turmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o *habeas corpus* impetrados em face de atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais", assim como a citada S. 376/STJ;

• a mesma interpretação deve ser feita para o julgamento de MS e HC em relação aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei nº 10.259/2001), destacando que o julgamento de atos das Turmas Recursais, no caso o *habeas corpus*, será

realizado não pelo TJ local, mas pelo TRF competente. No caso de mandado de segurança, conforme vimos e com as discussões que propusemos, o entendimento é o de que seria competente a própria Turma Recursal. Finalmente, em igual sentido, contra ato do Juiz do Juizado Especial Federal poderá caber MS ou HC para a Turma Recursal Federal;

UM ALERTA: de acordo com a jurisprudência do STF (e contra o nosso entendimento), não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito, da Lei nº 9.099/1995. Isso porque, justificou-se, "a Lei 9.099/1995 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do CPC (a decisão foi proferida à luz, do CPC/1973), sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/1988), uma vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado".[37]

11.6.4.4 Ação de indenização em razão do fumo: Incompetência dos juizados – Complexidade da causa

O STF analisou pedido de indenização formulado por ex-fumante que alegava ter fumado cigarros por aproximadamente 44 anos, tornando-se dependente do produto, criticando, inclusive, a propaganda, que seria enganosa.

O pleno do STF, por votação unânime, entendeu que os juizados especiais não seriam competentes para a análise da demanda, tendo em vista a complexidade da causa, embora o valor formulado não ultrapassasse o "teto" dos juizados.

Como se sabe, o art. 98, I, da CF/1988, estabelece que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução, além das infrações penais de menor potencial ofensivo, das causas cíveis de menor complexidade. Nesse sentido:

"A excludente da competência dos juizados especiais – complexidade da controvérsia (art. 98, da CF/1988) – há de ser sopesada em face das causas de pedir constantes da inicial, observando-se, em passo seguinte, a defesa apresentada pela parte acionada. Competência. Ação indenizatória. Fumo. Dependência. Tratamento. Ante as balizas objetivas do conflito de interesses, a direcionarem a indagação técnico-pericial, surge complexidade a afastar a

[37] RE 576.847, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário, DJE de 2009, com repercussão geral. No mesmo sentido: AI 794.005-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2010, 1ª T. DJE de 2010 e RE 650.293-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2012, 1ª T. DJE de 2012.

competência dos juizados especiais" (RE 537.427, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

11.6.4.5 Juizados e a Lei Maria da Penha

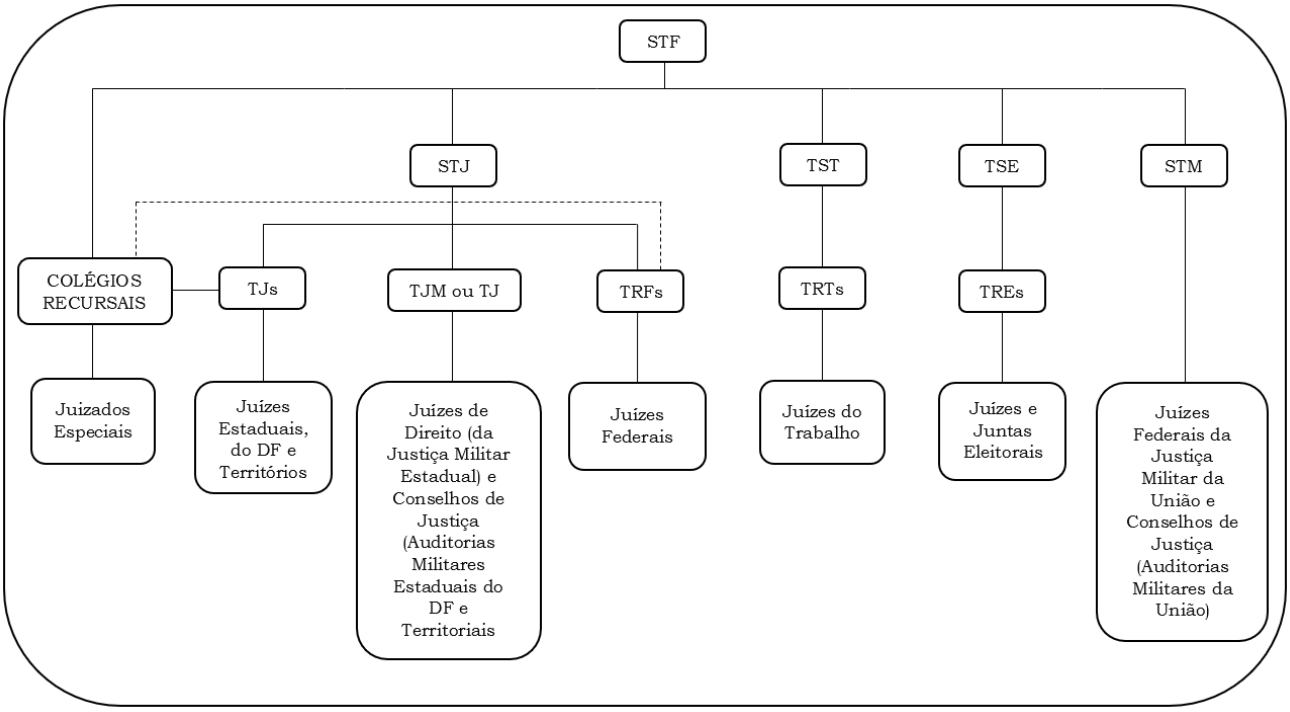
De modo específico, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além de outras providências, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, § 8º, da CF/1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispondo sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como alterando o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 2012, julgou procedente a ADC 19 para declarar, dentre outros, a constitucionalidade do art. 41, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo por fundamento o princípio da igualdade e da proporcionalidade, bem como o combate ao desprezo às famílias, sendo considerada a mulher a sua célula básica.

Assim, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Assim, conforme anotou o Min. Fux em seu voto, "ao suposto ofensor, não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos" (cf. item 19.9.5).

11.6.5 Organograma do Poder Judiciário[38]

[38] Muito embora o art. 92, I-A, da CF/1988, estabeleça ser o CNJ – Conselho Nacional de Justiça órgão do Poder Judiciário, na medida em que não é dotado de qualquer competência jurisdicional, não foi considerado para a elaboração do Organograma, devendo ser entendido, então, como órgão judiciário mas não jurisdicional, ou, ainda, como órgão administrativo, competindo ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, aquelas disciplinadas no art. 103-B, § 4º, I ao VII, da CF/1988, e que serão desenvolvidas no item 11.13.4.



11.7 A regra do "quinto constitucional"

O art. 94, da CF/1988 estabelece que 1/5 (20%) dos lugares dos TRFs, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.[39]

Apesar de o art. 94 só se referir explicitamente aos tribunais acima mencionados, a "regra do quinto" está prevista, também, para os tribunais do trabalho[40] (art. 111-A, I, art. 115, I, da CF/1988) e o seu procedimento orienta a composição do STJ (art. 104, parágrafo único, da CF/1988, lembrando a particularidade de que, nesse caso, os advogados e membros do Ministério Público representam 1/3, e não 1/5, do Tribunal. Explicitando, a indicação é que se dá na forma da "regra do quinto", e não a quantidade de Ministros provenientes da advocacia e do Ministério Público que, no caso, implementa-se, se é que assim podemos denominar, de acordo com uma particular regra do "terço" – cf. item 11.8.2).

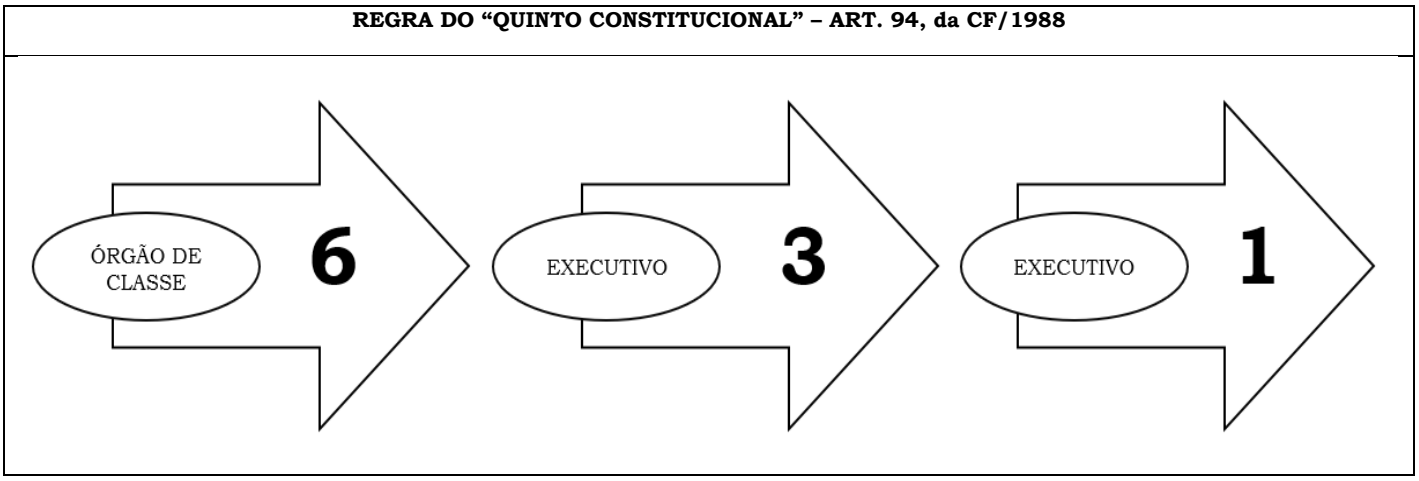
Está errado, portanto, dizer que todos os tribunais brasileiros devam observar a regra do "quinto" (seja o seu procedimento ou mesmo a quantidade de 20% dos integrantes provenientes da advocacia e do MP), pois, como será estudado no item 11.8, os outros tribunais não listados acima têm um procedimento próprio de composição.

---

[39] Importante lembrar que a Constituição garante pelo menos 1/5 dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Assim, se o número total dos lugares não for múltiplo de 5, o STF posicionou-se no sentido de arredondar para cima, a fim de ter, de fato, e ao menos, 1/5 dos lugares para os juízes não oriundos da carreira.

[40] "Com a promulgação da EC nº 45/2004, deu-se a extensão, aos tribunais do trabalho, da regra do "quinto" constante do art. 94, da CF/1988" (ADI 3.490, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2005, DJ de 2006).

• procedimento: os órgãos de representação das classes dos advogados[41] e Ministério Público[42] elaboram lista sêxtupla, ou seja, indicam 6 nomes que preencham os requisitos acima citados. Recebidas as indicações, o tribunal para o qual foram indicados forma lista tríplice (escolhe 3 dos 6). Nos 20 dias subsequentes, o Chefe do Executivo (em se tratando de Tribunal Estadual, o Governador de Estado; na hipótese do TJ do Distrito Federal e Territórios, o Presidente da República, e para indicação ao TRF, também o Presidente da República) escolherá 1 dos 3 para nomeação.



Não nos parece possam as Constituições estaduais estabelecer outras formalidades além das já expressamente previstas no art. 94, da CF/1988, por exemplo, a necessidade de aprovação do escolhido pelo Chefe do Executivo pela "maioria absoluta da Assembleia Legislativa do Estado", conforme estabeleceu o art. 63, parágrafo único, da CE-SP, na redação determinada pela EC nº 25/2008.

---

[41] Nos termos do art. 1º do Provimento nº 102/2004 do Conselho Federal da OAB, a indicação de advogados para a lista sêxtupla a ser encaminhada aos Tribunais Judiciários (art. 94, art. 104, parágrafo único, II, art. 107, I, art. 111-A, I, art. 115, I, da CF/1988) é de competência do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (cf. art. 51 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; art. 54, XIII, e art. 58, XIV, da Lei nº 8.906/1994).

[42] Em relação ao MP Estadual, a lista sêxtupla (para o TJ do Estado) é elaborada pelo Conselho Superior do MP (art. 15, I, da Lei nº 8.625/1993), órgão formado, nos termos do art. 14, I e II, da Lei nº 8.625/1993 pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor-Geral do Ministério Público (como membros natos) e pelos Procuradores de Justiça (último grau da carreira – membros elegíveis) que não estejam afastados. Por outro lado, em relação ao MP da União (MPF, MP do Trabalho e MP do DF e Territórios – excluindo-se o MP Militar, já que a escolha para o STM se dá pelo Presidente da República – art. 123, da CF/1988), a lista sêxtupla será formada pelo Colégio de Procuradores (art. 53, II, art. 94, III e art. 162, III, da LC nº 75/1993), que reúne todos os membros das respectivas carreiras do MPU em atividade, tornando, assim, muito mais democrático o processo de escolha. Por esse motivo, em 2008, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou a ADI 4.134, buscando declarar inconstitucional o procedimento de formação da lista sêxtupla no âmbito estadual, já que com muito menor legitimidade do que o processo de escolha no âmbito do MP da União. Em nossa opinião, tinha razão a CONAMP. CONTUDO, o STF, por unanimidade, julgou improcedente a ADI: "da leitura do art. 94, da CF/1988, não se infere hermenêutica que estabeleça os critérios ou delimite o conceito para caracterização do órgão de representação de classe. Desta forma, a Constituição delegou esta função ao legislador infraconstitucional, a quem cabe definir os órgãos de representação das respectivas classes. 2. Embora sejam elegíveis para integrar o Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 14, da Lei nº 8.625/1993, apenas os Procuradores de Justiça, a escolha é realizada por meio de eleição em que votam membros de toda a classe, o que evidencia a representatividade do órgão" (j. 2019, Plenário, DJE de 2019).

O procedimento é bem simples e está regulamentado de modo exaustivo pelo art. 94, da CF/1988: a escolha pelo órgão de classe de 6 nomes que preencham os requisitos constitucionais (lista sêxtupla); formação de lista tríplice pelo tribunal (Judiciário) e, dentre os 3, escolha de 1 pelo Executivo para nomeação, sem que o nome escolhido (pelo Executivo) tenha de passar por qualquer outro procedimento, como a eventual sabatina do Legislativo (que não participa do processo de escolha), não se aplicando, assim, o art. 52, III, da CF/1988 à regra do "quinto", nem mesmo por analogia.[43]

Duas importantes questões já foram decididas pelo STF:

• na hipótese de não existirem membros do MP que preencham os requisitos constitucionais, como compor a lista sêxtupla? "Seria possível compor ou complementar a lista sêxtupla com membros do Ministério Público que ainda não tenham completado 10 anos na carreira?"

O STF entendeu que sim, no julgamento da ADI 1.289-EI, declarando a constitucionalidade do item IV da Decisão Normativa do CSMPT, tomada na 4ª Reunião Ordinária, em 1993, que autoriza a complementação das listas de candidatos ao preenchimento dos cargos de juiz dos TRTs (veja composição do TRT no item 11.8.4.2 seguinte) com os candidatos que tenham tempo inferior a dez anos na hipótese de inexistência de pelo menos seis candidatos com esse requisito temporal.[44]

• e se a lista sêxtupla apresentada contiver nomes que não preenchem os requisitos constitucionais?

O texto de 1988, em relação aos anteriores, inova ao transferir a escolha originária dos nomes, que era dos tribunais, para os órgãos de classe. Como visto, o Tribunal limita-se a reduzir a lista de 6 nomes para 3 e, assim, reduzido ao universo já trazido pelo órgão de classe, encaminhar para o Executivo, que reduzirá de 3 para 1.

Diferentemente da situação particular descrita no julgamento da ADI 1.289-EI, que analisou a inexistência, em dado momento, de integrantes do MP com mais de 10 anos de carreira, indagamos: e se o Tribunal entender que um ou mais nomes da lista sêxtupla

---

[43] Nesse particular, o STF acolheu, por unanimidade, ratificando o entendimento firmado no julgamento da medida cautelar (2008), o pedido formulado na ADI 4.150, ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa", incluída no art. 63, parágrafo único, da CE-SP pela EC nº 25/2008 (j. 2015, DJE de 2015). (Cf. o precedente firmado na ADI 202, j. 1996.)

[44] Gilmar Mendes, relator, fundamentando, dentre outros argumentos, no "pensamento jurídico do possível", pondera: "... cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha" (Inf. 304 e transcrição no Inf. 306/STF. Para aprofundamento da temática da lacuna constitucional e do "pensamento jurídico do possível" na jurisprudência do STF, cf. item 3.7.3).

encaminhada pelo órgão de classe não preenchem os requisitos constitucionais, como o notório saber jurídico e a reputação ilibada?

Entregar lista com nome de pessoa que não preenche os requisitos do art. 94, da CF/1988, é o mesmo que entregar lista incompleta, com menos de 6 nomes.

Nesses termos, o STF entendeu que o Tribunal pode recusar a lista sêxtupla "... desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações" (MS 25.624, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006).[45]

Nessa linha, a Corte entendeu como justificada a recusa, pelo TJ/SP, de lista sêxtupla encaminhada pela OAB/SP em relação a 2 advogados: a) um respondia a processo criminal; b) o outro não teria notável saber jurídico, já que havia sido reprovado em 10 concursos para a Magistratura (Rcl 5.413, Rel. Min. Menezes Direito, j. 2008, DJE de 2008).

11.8 Características gerais dos órgãos do poder judiciário

11.8.1 Supremo tribunal federal (STF)

11.8.1.1 STF – Aspectos históricos[46]

NOMENCLATURA	MOMENTO HISTÓRICO PREPONDERANTE	PERÍODO DE ATIVIDADES
• Casa da Suplicação do Brasil	• Fase colonial	• 10.05.1808 até 08.01.1829
• Supremo Tribunal de Justiça	• Império	• 09.01.1829 até 27.02.1891
• Supremo Tribunal Federal	• República	• 28.02.1891 até os dias atuais

[45] Nesse sentido, cf., ainda, Rcl 5.413, Rel. Min. Menezes Direito, j. 2008, DJE de 2008.

[46] De acordo com o item IV do Alvará Régio de 1808, "a Casa da suplicação do Brasil se comporá além do Regedor que eu houver por bem nomear, do Chanceler da Casa, de 8 Desembargadores dos Agravos, de 1 Corregedor de Crime da Corte e Casa, de 1 Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, de 1 Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, de 1 Corregedor do Civil da Corte, de 1 Juiz da Chancelaria, de 1 Ouvidor do Crime, de 1 Promotor da Justiça e de mais 6 Extravagantes".

DISPOSITIVO	NOMENCLATURA	INTEGRANTES	REQUISITOS
ALVARÁ RÉGIO DE 1808	• item IV	• 23	• não há previsão explícita na Constituição de requisitos para investidura
CONSTITUIÇÃO DE 1824	• art. 163	• não houve previsão na Constituição • a Lei de 1828 fixou em 17 Juízes Letrados	• "Juízes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho." Não havia previsão de prévia aprovação pelo Senado
CONSTITUIÇÃO DE 1891	• art. 56	• 15 Juízes • o Decreto nº 19.656/1931 reduziu para 11 o número de integrantes	• cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, devendo haver aprovação por este órgão. Durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas (1930 a 1934), os Ministros foram nomeados sem a prévia aprovação do Senado
CONSTITUIÇÃO DE 1934	• art. 73	• 11 Ministros, podendo esse número ser elevado por Lei até 16	• brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade, com aprovação do Senado Federal
CONSTITUIÇÃO DE 1937	• art. 97	• 11 Ministros, podendo esse número ser elevado por Lei até 16	• brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de 35, nem mais de 58 anos de idade, com aprovação do Conselho Federal. Não havia previsão de aprovação pelo Senado. Assim, vários Ministros foram nomeados sem esse importante controle político
CONSTITUIÇÃO DE 1946	• art. 98	• 11 Ministros, podendo esse número ser elevado por Lei • AI nº 2/1965 elevou para 16	• brasileiros (art. 129, I e II – natos, acrescente-se), maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação pelo Senado Federal
CONSTITUIÇÃO DE 1967	• art. 113	• 16 Ministros • esse número foi reduzido para 11 Ministros, de acordo com o AI nº 6/1969	• brasileiros natos, maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação pelo Senado Federal
EC nº 1/1969	• art. 118	• 11 Ministros	• maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação pelo Senado Federal
CONSTITUIÇÃO DE 1988	• art. 101, caput	• 11 Ministros	• cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal

Antes da vinda da família real para o Brasil, esclarece o Conselheiro Ribas, "competia à Casa de Suplicação (de Lisboa, acrescente-se) interpretar as ordenações, e leis por meio de assentos com força obrigatória. Estes assentos eram tomados na mesa grande por ocasião de dúvida proposta por alguns dos desembargadores, juízes da causa, ou por glosa do chanceler, por entender que a sentença infringia expressamente as ordenações ou o direito".[47]

Passando D. João a residir no Brasil (tendo em vista a transferência da família real em razão da invasão das terras portuguesas por tropas napoleônicas) e, na medida em que, diante dessa situação, encontrava-se interrompida a comunicação com Portugal, o Príncipe

[47] RIBAS, Antonio Joaquim: *Curso de direito civil brasileiro*, *apud* BEZERRA FILHO, Manoel Justino: *Súmulas do stf comentadas*.

Regente, mediante Alvará Régio de 1808, institui a "Casa da Suplicação do Brasil", que se caracterizou como o primeiro órgão de cúpula da Justiça no Brasil, marca da fase colonial.[48]

Durante o regime monárquico, a Lei de 1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891), cumprindo a previsão contida no art. 163 da CF/1824, que sucedeu à Casa da Suplicação do Brasil.

Em seguida, editado pelo Governo Provisório da República, o Decreto nº 848/1890, organizou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, nos termos dos art. 55 e art. 56 da CF/1891, efetivamente instalado em 1891.

A Constituição de 1934, por sua vez, alterou a denominação para Corte Suprema. A Carta de 1937 retomou a designação Supremo Tribunal Federal (STF), mantida em todas as Constituições que seguiram, inclusive na de 1988.

Finalmente, nessa escalada evolutiva, a Constituição da República de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), instalado em 1989 (Lei nº 7.746/1989), reservando ao STF a posição de órgão de cúpula de todo o Judiciário e, especialmente, de guarda e defesa da Constituição.[49]

11.8.1.2 STF – Regras gerais

• composição: 11 Ministros;

• investidura: o Presidente da República escolhe e indica o nome para assumir a vaga de Ministro do STF, submetendo-o à apreciação do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). No Senado Federal, de acordo com o art. 101, II, "j", do RISF, é competência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ emitir parecer, em votação secreta, sobre o nome indicado. O processo de aprovação está previsto no art. 383, do RISF, e a sua tramitação no âmbito da referida comissão foi disciplinada pelo Ato nº 1/2007-CCJ, que estabeleceu duas etapas: a) na primeira, o Relator apresentará o relatório à Comissão, com recomendações, se for o caso, para que o indicado apresente informações adicionais; b) na segunda, o indicado será submetido à arguição dos membros da CCJ (sabatina – arguição pública) e em seguida o relatório será votado. Esse parecer da CCJ é meramente opinativo.

---

[48] De acordo com o item I do referido Alvará, a Casa da Suplicação do Brasil foi "considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restritos do que se acha disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa" (BRASIL, Leis etc: *Collecção das leis do brazil de 1808*.).

[49] José Afonso da Silva, já em 1963, propunha a criação de um "Tribunal Superior de Justiça", correspondente ao TSE e TST, atribuindo-lhe parcela da competência que era fixada para o STF (cf. SILVA, José Afonso da: *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*). Em 1965, o tema foi discutido na FGV por diversos juristas, tendo sido a ideia adotada na Comissão Afonso Arinos por influência do Professor Miguel Reale. A Constituição, acolhendo a proposta, preferiu batizar o novo tribunal de "Superior Tribunal de Justiça", e não "Tribunal Superior de Justiça", coerentemente, já que, conforme dissemos, o STJ não pertence a qualquer Justiça, sendo, ao lado do STF, órgão de superposição.

Isso porque, posteriormente, nos termos da Constituição (art. 52, III, "a", da CF/1988), deverá haver deliberação plenária, também em votação secreta, havendo necessidade da maioria absoluta do Senado Federal para a aprovação, ou seja, ao menos 41 dos 81 Senadores da República deverão se manifestar favoráveis ao nome da autoridade indicada para ocupar a vaga de Ministro do STF. Finalmente, depois de aprovado o nome pelo Senado Federal, o Presidente da República nomeará o novo Ministro (art. 84, XIV, da CF/1988), momento em que este será vitaliciado;[50]

• requisitos para ocupar o cargo de Ministro do STF: a) ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV, da CF/1988); b) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade (art. 101, da CF/1988); c) ser cidadão (art. 101, da CF/1988, estando no pleno gozo dos direitos políticos); d) ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, da CF/1988);

• tem de ser jurista o Ministro do STF?: o art. 56 da CF/1891 falava somente em notável saber, sem qualificá-lo. A Constituição de 1934 (art. 74, da CF/1934) passou a qualificar o notável saber de jurídico. Diante da permissão da Constituição de 1891, o STF já chegou a ter Ministro que não era jurista, vale lembrar o médico Candido Barata Ribeiro, nomeado pelo Presidente Floriano Peixoto, por Decreto em 1893, em razão da vaga ocorrida com o falecimento do Barão de Sobral, tomando posse em 1893.

O Senado da República, contudo, em sessão secreta em 1894, negou a aprovação do nome de Barata Ribeiro, nos termos do Parecer da Comissão de Justiça e Legislação, que considerou desatendido o requisito de "notável saber jurídico" (DCN de 1894). Assim, Barata Ribeiro deixa o cargo de Ministro do STF em 1894, tendo ficado por pouco mais de 10 meses (o Ministro que por menos tempo permaneceu no STF [República], só "perdendo" para o Ministro Herculano de Freitas, que permaneceu por 3 meses e 16 dias).

Portanto, atualmente e desde o parecer de João Barbalho, de 1894, passou-se a entender que todo Ministro do STF terá de ser, necessariamente, jurista, tendo cursado a faculdade de direito.[51]

• competências do STF: a) originária (art. 102, I, "a" a "r", da CF/1988);[52] b) recursal ordinária (art. 102, II, da CF/1988); e c) recursal extraordinária (art. 102, III, da CF/1988).

---

[50] A título de curiosidade, meu amigo e atento leitor, e isso pode impressionar no exame oral (força e continue estudando...), o número de rejeições de nomes ao STF pelo Senado é muito pequeno. Conforme relata Celso de Mello, em interessante e curioso texto, "na história republicana brasileira, ao longo de 125 anos (1889 a 2014), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocêncio Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo". Para se ter um comparativo, continua o ilustre Ministro, "... nos Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2014 (225 anos), o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana" (cf. outras curiosidades in Notas sobre o Supremo Tribunal – Império e República).

[51] Cf. BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada*.

[52] Apenas alertamos que o art. 102, I, "a", da CF/1988, foi alterada pela EC nº 3/1993. O art. 102, I, "c", da CF/1988 foi alterada pela EC nº 23/1999, nos seguintes termos: "nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da CF/1988, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de

O STF reconheceu o princípio da reserva constitucional de competência originária e, assim, toda a atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/1988 (Pet 1.738 AgR).

Ainda, na hipótese de o STF não conhecer a sua competência originária, deverá, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC/1973 (com correspondência no art. 64, § 3º, CPC), e do art. 21, § 1º, do RISTF, na redação dada pela ER nº 21/2007, indicar o órgão que repute competente para o julgamento do feito ajuizado originariamente, atribuição essa autorizada, inclusive, ao Relator monocraticamente (cf. Pet 3.986-AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2008, Inf. 512/STF).

11.8.1.3 STF – Destaques às novidades trazidas pela EC nº 45/2004 ("Reforma do judiciário")

• homologação de sentenças estrangeiras e concessão de exequatur às cartas rogatórias: transferência de competência do STF para o STJ no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e à concessão de exequatur às cartas rogatórias (art. 102, I, "h", revogada; art. 105, I, "i", e art. 9º, da CF/1988, alterado pela da EC nº 45/2004).

• nova hipótese de cabimento do RE: ampliação da competência do STF para o julgamento de recurso extraordinário quando julgar válida Lei local contestada em face de Lei Federal. Muito se questionou sobre essa previsão. Observa-se que está correta, uma vez que, no fundo, quando se questiona a aplicação de lei, tem-se, acima de tudo, conflito de constitucionalidade, já que é a Constituição Federal que fixa as regras sobre competência legislativa federativa. Por outro lado, quando se questiona a validade de ato de governo local em face de Lei Federal, estamos, acima de tudo, diante de questão de legalidade a ser enfrentada pelo STJ, como mantido na reforma (art. 102, III, "d", e art. 105, III, "b", da CF/1988, alterado pela da EC nº 45/2004).

• CNJ e CNMP: em razão da natureza dos institutos e de seus membros, é natural que tenha sido fixada a competência do STF para processar e julgar, originariamente, as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, "r", da CF/1988, alterado pela da EC nº 45/2004).

• repercussão geral: criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário. Essa importante regra vai evitar que o STF julgue brigas particulares de vizinhos, como algumas

---

Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente". O art. 102, I, "i", da CF/1988, foi alterada pela EC nº 22/1999: "o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância".

discussões sobre “assassinato” de papagaio ou “furto” de galinha, já examinadas pela mais alta Corte (art. 102, § 3º, da CF/1988, alterado pela da EC nº 45/2004).

A matéria foi regulamentada na Lei nº 11.418/2006.

De fato, trata-se de importante instituto seguindo a tendência a erigir o STF a verdadeira Corte Constitucional e, também, mais uma das técnicas trazidas pela Reforma do Judiciário na tentativa de solucionar a denominada “Crise do STF e da Justiça”.

A técnica funciona como verdadeiro “filtro constitucional”, permitindo que o STF não julgue processos destituídos de repercussão geral, limitando, dessa forma, o acesso ao Tribunal.

A Lei estabeleceu um critério objetivo, presumindo-se a repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Além disso, o art. 543-A, § 1º, do CPC/1973 (art. 1.035, § 1º, CPC) traz um critério subjetivo ao estabelecer que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Trata-se, portanto, de mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que deverá ser demonstrado pela parte recorrente em preliminar.

Em interessante tendência de aproximação do controle difuso aos efeitos do controle concentrado (influência do Ministro Gilmar Mendes), o art. 543-A, § 5º, do CPC/1973, introduzido pela Lei nº 11.418/2006, dispõe que, sendo negada a existência da repercussão geral (do caso concreto, individualizado), a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (cf. art. 1.035, § 8º, CPC).

Parece, então, ser mais uma hipótese de súmula impeditiva de recurso, no caso do recurso extraordinário, servindo como “barreira” para o acesso ao STF de todos os casos que tratem da mesma matéria, ou melhor, de recurso com fundamento em idêntica controvérsia.

A possibilidade de manifestação de terceiros estranhos ao processo (*amicus curiae*), ao “pluralizar o debate constitucional”, confere maior efetividade e legitimação social às decisões *erga omnes* do STF (na hipótese de impedir o processamento de outros recursos extraordinários sobre a mesma tese).

O reconhecimento da inexistência da repercussão geral terá de ser manifestado por 2/3 dos Ministros do STF (pelo menos 8 dos 11 Ministros).

Antes de se mandar o processo para análise do Plenário, contudo, proceder-se-á a uma verificação prévia da repercussão geral, por uma das Turmas do STF (5 Ministros).

Assim, na dicção do art. 543-A, § 4º, do CPC/1973, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao

pleno e proceder-se-á à análise do mérito do recurso extraordinário (sem correspondência no CPC).

Por outro lado, se entender a Turma, por menos de 4 votos, que o caso concreto apresenta repercussão geral (ou, ainda, se entender, por consequência, que o caso não tem repercussão geral), essa decisão (sobre a eventual inexistência da repercussão geral) caberá ao pleno do STF, devendo ser suscitado um incidente de análise de repercussão geral, nos termos do Regimento Interno do STF e, da Lei nº 11.418/2006, que regulamentou a matéria.

A nosso ver o procedimento deve seguir a linha do incidente de inconstitucionalidade no controle difuso, suscitando-se uma questão de ordem.

Considerando o pleno que há repercussão geral, ou não, deverá sedimentar a tese em súmula de repercussão geral, que, para nós, deve ser oficialmente estabelecida pelo STF e numerada como um novo instituto para, inclusive, orientar o processamento de recursos extraordinários futuros.

Assim, segundo o art. 543-A, § 7º, do CPC/1973, a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão (correspondência idêntica no art. 1.035, § 11, CPC).

Por fim, cumpre destacar importante técnica de julgamento por amostragem, sobrestando os demais recursos extraordinários considerados semelhantes.

Isso porque, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (art. 543-B, § 1º, do CPC/1973 – cf. art. 1.036, § 1º, CPC).

Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (perceba-se, assim, o impacto do julgamento do caso individual perante recursos que tenham teses jurídicas já decididas).

Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o STF, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Sem dúvida, o instituto da repercussão geral vem-se mostrando uma importante técnica na busca de concretizar o princípio da efetividade do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988).

Repercussão geral: AI 664.567 (Inf. 472) e RE 579.431 (Inf. 510) – procedimento fixado pelo STF

O STF já estabeleceu alguns procedimentos para a implantação do instituto da repercussão geral, o que passamos a reproduzir:

• “A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal”. Assim, embora regulamentado no CPC, o requisito deve ser observado em qualquer RE, tanto em matéria cível como criminal, trabalhista, eleitoral, militar etc.

• “Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário”.

• Contudo, “... a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 2007, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, do RISTF” (Inf. 472/STF), que regulamentou a matéria.[53]

• Se o RE for anterior à data de 2007, “a possibilidade de devolução fica condicionada ao reconhecimento da presença da repercussão geral da matéria. Negada a repercussão, recusa-se o recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/1988)”.

• “A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF”.

• “A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF”.

• O STF, em importante precedente, regulamentou a aplicação da repercussão geral em relação à jurisprudência já pacificada pela Corte. Nesse sentido, foi “[...] aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou b) deliberar pela renovação da discussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários a quo, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC/1973. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário...” (RE 579.431-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2008, DJE de 2008).

[53] Cf. AI 664.567-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, DJ de 2007. No mesmo sentido: AI 702.088-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, DJE de 2008

11.8.1.4 STF – Procedimento para deliberação e encaminhamento de solicitações de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR)

O sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL foi consolidado, em 2002, com a assinatura do Protocolo de Olivos, que criou o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), considerando "a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do MERCOSUL, de forma consistente e sistemática".[54]

De acordo com o art. 4º do Decreto CMC nº 37/2003, Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias (RPO), as opiniões consultivas poderão ser solicitadas pelos Tribunais Superiores dos Estados-Partes com jurisdição nacional.

Pois bem, nesse sentido, de maneira bastante interessante, o STF (no caso, o "Tribunal Superior") regulamentou o procedimento nos termos da ER nº 48/2012, que introduziu o art. 7º, VIII, bem como os art. 354-H ao art. 354-M, ao RISTF.

Trata-se de procedimento administrativo, e não jurisdicional, e que poderá ser instaurado pelo juiz da causa ou alguma das partes,[55] deixando clara a regra regimental de que a opinião consultiva emitida pelo TPR não terá caráter vinculante nem obrigatório.

A solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum (CMC), das Resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC) e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) (art. 354-H, do RISTF).

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes do Mercosul (art. 354-L, do RISTF).

11.8.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

• composição: pelo menos 33 Ministros (art. 104, da CF/1988);

• investidura: os Ministros serão escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após serem sabatinados pelo Senado Federal e aprovados pelo voto da maioria absoluta (art.

---

[54] Cf. http://www.tprmercosur.org/ bem como, neste trabalho, o item 21.8.3.
[55] Cf. Pet 4.383, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2013, DJE de 2013.

104, parágrafo único, da CF/1988, com a redação determinada pela EC nº 45/2004), igualando-se ao *quorum* da sabatina para os Ministros do STF;

• requisitos para o cargo: a) ser brasileiro nato ou naturalizado; b) ter mais de 35 e menos de 65 anos; c) ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 104, da CF/1988);

• composição dos Ministros: 1/3 dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais; 1/3 dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça; 1/196 dentre advogados; e 1/196 dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente;

• procedimento: no caso dos juízes dos Tribunais Regionais Federais e dos desembargadores dos Tribunais de Justiça, o STJ elaborará lista tríplice, enviando-a ao Presidente da República, que indicará um e o nomeará após aprovação do Senado Federal. No caso dos advogados e membros do Ministério Público, serão eles indicados na forma das regras para o "quinto constitucional", anteriormente apresentadas, segundo o art. 94, da CF/1988, ou seja, o órgão de classe elabora a lista sêxtupla, o STJ escolhe 3 dentre os 6 (lista tríplice) e o Presidente da República escolhe 1 da referida lista formada e o nomeia, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (sabatina). Alertamos que, apesar de se determinar a aplicação da regra do art. 94, da CF/1988, o número de Ministros do STJ provenientes da advocacia e do Ministério Público é de 1/3, e não 1/5, do Tribunal. Ou seja, o que se observa é apenas o procedimento de escolha, e não o número (que, no caso, não é de 20%, mas de 1/3, o que poderia, então, nesse aspecto, ser denominado regra do "terço");

• os Ministros oriundos da magistratura (TRFs e TJs) terão de ser egressos da magistratura da carreira? O STF, por maioria de votos, no julgamento da ADI. 4.078, entendeu, em 2011, que não.

Ou seja, o STJ escolherá livremente a lista tríplice e poderá incluir juízes dos TRFs ou TJs que ingressaram em referidos tribunais pela regra do quinto constitucional (art. 94, da CF/1988). Isso porque, a partir do momento que um advogado ou um membro do MP são investidos no cargo judiciário pela regra do quinto (no TRF ou no TJ), perdem todos os vínculos que anteriormente tinham, passando, então, à condição de magistrados, podendo, assim, integrar a lista tríplice. A Constituição, também, não fez qualquer distinção entre magistrados dos tribunais oriundos da carreira ou que chegaram ao tribunal pela regra do quinto;[56]

• esquematização (processo de escolha): quadro comparativo STF x STJ

---

[56] Para se ter um contraponto, o art. 111-A, I e II, da CF/1988, estabelece que o TST será composto de 1/5 dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do MPT com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94, da CF/1988, e os demais, qual seja, os outros 4/5, dentre juízes dos TRTs, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior. No caso do STJ, por outro lado e conforme visto, a Constituição não fez essa exigência.

STF (Art. 101, da CF/1988)	STJ (Art. 104, da CF/1988)
• Composição: 11 Ministros	• Composição: no mínimo 33 Ministros • 1/3 dentre juízes dos TRFs; • 1/3 dentre desembargadores dos TJs • 1/196 dentre advogados • 1/196 dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente Indicação para escolha: lista tríplice elaborada pelo próprio STJ Indicação para escolha: alternadamente, na forma da regra do "quinto constitucional" – art. 94, da CF/1988.
• Escolha e nomeação: Presidente da República	• Escolha e nomeação: Presidente da República
• Sabatina: Senado Federal – aprovação da escolha pela maioria absoluta	• Sabatina: Senado Federal – aprovação da escolha pela maioria absoluta (EC nº 45/2004)
• Requisitos para o cargo I: a) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade; b) ter notável saber jurídico e reputação ilibada	• Requisitos para o cargo I: a) ter mais de 35 e menos de 65 anos; b) ter notável saber jurídico e reputação ilibada
• Requisitos para o cargo II: ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV)	• Requisitos para o cargo II: ser brasileiro nato ou naturalizado

• competência do STJ: a) originária (art. 105, I, "a" ao "i", da CF/1988); b) recursal ordinária (art. 105, II, da CF/1988); e c) recursal especial (art. 105, III, da CF/1988).

Em relação à competência, destacam-se, conforme visto, as novidades introduzidas pela EC nº 45/2004, quais sejam:

a) homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias: a competência passou a ser do STJ, tendo sido a matéria regulamentada na Res. nº 9/2005-STJ, até que o pleno da Corte aprove disposições regimentais próprias. Nesse sentido, o art. 960, § 2º, do CPC estabeleceu que a homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o RISTJ. Feito o pedido pelas vias diplomáticas, homologada a sentença ou concedido o exequatur pelo STJ, nos termos do art. 109, X, da CF/1988, é da competência do Juiz Federal a sua execução;

b) preservação da competência para o julgamento de recurso especial quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de Lei Federal. Perfeita a preservação dessa competência já que, nessa hipótese, no fundo, estamos diante de questão de legalidade, e não de constitucionalidade.

• Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): a EC nº 45/2004 (art. 105, parágrafo único, I, da CF/1988) prescreveu o funcionamento, junto ao STJ, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira. A Escola, com autonomia didática, científica, pedagógica, administrativa e financeira, foi instituída, em 2006, por meio da Res. nº 3/2006-STJ, alterada pela Res. nº

5/2008-STJ. Nos termos do art. 2º de referida resolução, destacam-se as seguintes atribuições da Escola:[57]

a) definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de Magistrados;

b) fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional;

c) promover a cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão;

d) incentivar o intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países;

e) promover, diretamente ou mediante convênio, a realização de cursos relacionados com os objetivos da Enfam, dando ênfase à formação humanística (Res. nº 5/2008-STJ);

f) habilitar e fiscalizar, nos termos dos art. 93, II, "c", IV, e art. 105, parágrafo único, da CF/1988, os cursos de formação para ingresso na magistratura e, para fins de vitaliciamento e promoção na carreira, os de aperfeiçoamento (Res. nº 5/2008-STJ);

g) formular sugestões para aperfeiçoar o ordenamento jurídico;

h) definir as diretrizes básicas e os requisitos mínimos para a realização dos concursos públicos de ingresso na magistratura estadual e federal, inclusive regulamentar a realização de exames psicotécnicos (Res. nº 5/2008-STJ). Lembramos que, de acordo com a SV 44, "só por Lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público";

i) apoiar, inclusive financeiramente, a participação de magistrados em cursos no Brasil ou no exterior indicados pela Enfam (Res. nº 5/2008-STJ);

j) apoiar, inclusive financeiramente, as escolas da magistratura estaduais e federais na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento (Res. nº 5/2008-STJ).

Parágrafo único. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados gozará de autonomia didática, científica e pedagógica, bem como de autonomia administrativa e financeira, observado o disposto no art. 3º, § 2º da Res. nº 5/2008-STJ.

A ENFAM "... ocupa-se com a formação intelectual e moral dos juízes, uma formação que compreenda não apenas o entendimento técnico-jurídico, mas também o conhecimento sociológico, humanístico e prático". Assim, dentre os seus objetivos, destacam-se:

a) provocar melhoria na seleção de novos juízes;

b) promover a atualização constante dos magistrados;

c) proporcionar formação teórica e prática do operador do Direito;

d) aproximar ainda mais o Judiciário da realidade do cidadão;

e) garantir que os magistrados estejam em permanente formação acadêmica e humanística;

---

[57] Interessante o conhecimento da Escola e suas atribuições, até porque, pelo mandamento da Reforma do Judiciário, e isso já é realidade, os cursos passam a ser fase de ingresso para o concurso da magistratura. Nesse sentido, cf. http://www.enfam.stj.jus.br/.

f) cooperar com as escolas federais e estaduais da magistratura no oferecimento e execução de treinamentos e cursos;

g) contribuir para que todas as escolas da magistratura tenham padronização mínima, respeitando as peculiaridades e necessidades de cada Região;

h) facilitar a troca de experiências entre as escolas da magistratura e entre os magistrados;

i) buscar práticas de gestão que permitam a socialização de experiências e de problemas vivenciados pelos magistrados" (cf. www.enfam.stj.jus.br).

• Conselho da Justiça Federal: a EC nº 45/2004 previu, também, o funcionamento, junto ao STJ, do Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma, da Lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correcionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

11.8.3 Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais

Organizada em dois graus de jurisdição, a Justiça Federal é composta pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Juízes Federais; sua competência vem estabelecida nos art. 108 e art. 109, da CF/1988.

• composição dos TRFs: no mínimo 7 Juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República, devendo ser observada a regra do "quinto constitucional" do art. 94, da CF/1988;

• requisitos para o cargo: a) ser brasileiro nato ou naturalizado; b) ter mais de 30 e menos de 65 anos de idade.

Em busca da efetividade do processo e do acesso à ordem jurídica justa, a Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) previu a instalação da Justiça itinerante e descentralização, nos termos do art. 107, § 2º e § 3º, da CF/1988:

• os TRFs instalarão a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários;

• os TRFs poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo.

Em relação à competência da Justiça Federal prevista no art. 109, I ao XI, da CF/1988, um alerta deve ser feito: de acordo com o art. 109, § 3º, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 103/2019 (Reforma da Previdência), Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e

segurado possam ser processadas e julgadas na Justiça Estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

O art. 15, da Lei nº 5.010/1966 (na redação dada pela Lei nº 13.876/2019 – com vigência a partir de 2020), regulamentando a matéria, estabelece que o julgamento pela Justiça Estadual será realizado nas causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, e a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km de Município sede de Vara Federal.

Nessa hipótese, o recurso cabível contra a decisão do juízo estadual será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Outro destaque a ser feito é o instituto da federalização de crimes contra direitos humanos, por exemplo, tortura e homicídio praticados por grupos de extermínio, mediante incidente suscitado pelo PGR no STJ objetivando o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Busca-se, acima de tudo, adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos (art. 109, V-A, e § 5º).[58]

Finalmente, lembramos que a EC nº 73/2013 criou os Tribunais Regionais Federais das 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, introduzindo o art. 27, § 11 ao ADCT.

A necessidade de se aumentar por emenda decorre da regra contida no art. 27, § 6º, do ADCT, que estabeleceu, em 1988, os atuais 5 TRFs.

Contra referida emenda, foi ajuizada a ADI 5.017 pela Associação Nacional dos Procuradores Federais (ANPAF) e, em 2013, o Min. Joaquim Barbosa concedeu liminar, suspendendo os seus efeitos (pendente de apreciação pelo pleno – cf. discussão no item 9.13.3.3.3).

11.8.4 Tribunais e Juízes do Trabalho

Como visto, os órgãos da Justiça do Trabalho são o TST, os TRTs e os Juízes do Trabalho, sendo sua competência estabelecida no art. 114, da CF/1988, abaixo elencada, lembrando a sua ampla reformulação pela EC nº 45/2004.[59]

11.8.4.1 Tribunal Superior do Trabalho (TST)

[58] Em relação ao assunto, remetemos o ilustre leitor para o item 14.10.26, no qual aprofundamos o tema.

[59] A EC nº 24/1999 extinguiu a representação classista da Justiça do Trabalho, substituindo as Juntas de Conciliação e Julgamento pelos Juízes do Trabalho. A proposta de EC foi apresentada pelo então Senador Gilberto Miranda, em 1995, tendo sido aprovada, com o substitutivo do Senador Jefferson Péres, definitivamente, em 1999, no Senado e na Câmara. As extintas Juntas de Conciliação e Julgamento, que eram compostas de 1 juiz do trabalho, que a presidia, e 2 juízes classistas temporários (mandato de 3 anos, de acordo com o art. 117, da CF/1988, atualmente revogado pela EC nº 24/1999), foram substituídas pelos Juízes do Trabalho que exercem jurisdição nas Varas do Trabalho, em 1ª instância. As alterações trazidas pela EC nº 24/1999 produziram inúmeras modificações na estrutura da Justiça do Trabalho, principalmente em relação à composição dos tribunais.

A EC nº 92/2016 alterou o art. 92, da CF/1988, para explicitar o Tribunal Superior do Trabalho como órgão do Poder Judiciário (art. 92, II-A, da CF/1988), seguindo a mesma lógica da previsão em relação ao STJ. Vejamos algumas regras relacionadas ao TST:

• composição: 27 Ministros togados e vitalícios (art. 111-A, caput, da CF/1988, de acordo com a redação dada pela EC nº 45/2004, restabelecendo-se a antiga composição. Como se sabe, a EC nº 24/1999 reduziu de 27 para 17 Ministros, acabando com as 10 vagas de Classistas então existentes. A Reforma do Judiciário restabelece a composição, deixando de convocar juízes dos TRTs para atuar como substitutos, prática essa condenável);

• estrutura da composição: dos 27 Ministros togados e vitalícios, 1/5 será escolhido dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94, da CF/1988; os demais serão escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da Magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Em relação ao sistema de composição, percebe-se a nítida redução das vagas de Ministros do TST oriundos da advocacia e Ministério Público do Trabalho. E mais, como o restante das vagas é preenchido por juízes dos TRTs oriundos da Magistratura da carreira, isso significa que juízes dos TRTs que subiram pelo quinto não poderão estar entre esses 4/5 de Ministros do TST, já que, repita-se, o texto fala em juízes dos TRTs oriundos da Magistratura da carreira.

• requisitos para o cargo: a) ser brasileiro nato ou naturalizado; b) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade; c) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada (EC nº 92/2016);

• sabatina do Senado Federal: igualando-se ao STF e STJ, a sabatina no Senado passa a ser pela maioria absoluta, e não mais maioria simples ou relativa, sendo os Ministros nomeados pelo Presidente da República;

• competência do TST: será fixada por lei, nos termos do art. 111-A, § 1º, da CF/1988. A EC nº 92/2016 explicitou ser competência do TST processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Funcionarão junto ao TST:

• Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

• Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma, da Lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante. Nos termos do art. 6º, da EC nº 45/2004, referido Conselho será instalado no

prazo de 180 dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a referida lei.

11.8.4.2 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs)

Vejamos algumas regras relacionadas ao Tribunal Regional do Trabalho, consoante o fixado pela EC nº 45/2004:

• composição: os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de, no mínimo, 7 juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30 e menos de 65 anos;

• estrutura da composição: a) 1/5 dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94, da CF/1988; b) os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Em busca da "efetividade do processo" e do "acesso à ordem jurídica justa", a Reforma do Judiciário estabeleceu que os TRTs instalarão a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários, podendo, ainda, funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo (art. 115, § 1º e § 2º, da CF/1988).

11.8.4.3 Juízes do trabalho – Varas do Trabalho

Os Juízes do Trabalho exercem jurisdição nas Varas do Trabalho, em 1ª instância. Estas serão instituídas por lei, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho (art. 112, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 45/2004). A competência das Varas do Trabalho está delimitada no art. 652 da CLT, ampliado pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

11.8.4.4 Competências da Justiça do Trabalho

Nos termos do art. 114, da CF/1988, introduzido pela EC nº 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

• as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

• as ações que envolvam exercício do direito de greve;

• as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

• os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

• os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", da CF/1988;

• as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

• as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

• a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, da CF/1988, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

• outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma, da Lei.

O STF já interpretou algumas das novidades introduzidas pela Reforma do Judiciário, motivo pelo qual se mostra importante a sua esquematização:

a) A Justiça do Trabalho não é competente para apreciar as causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Conforme alertamos, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) ajuizou, em 2005, a ADI 3.395, combatendo a nova regra que suprimiu a autonomia da Justiça Federal para julgar ações envolvendo as relações de trabalho dos servidores estatutários. Alegou vício formal no que respeita à tramitação e interpretação conforme.

No julgamento da medida cautelar da ADI 3.395-6, o então Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar com efeito *ex tunc* para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 114, I, da CF/1988, suspendendo, "... "*ad referendum*", toda e qualquer interpretação dada ao art. 114, I, da CF/1988, na redação trazida pela EC nº 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a "... apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo"".

Em 2006, o STF, por maioria, referendou a liminar concedida. "Salientou-se, no ponto, a decisão do STF no julgamento da ADI nº 492/DF (DJU de 1993), na qual se concluíra pela inconstitucionalidade da inclusão, no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, das causas que envolvam o Poder Público e seus servidores estatutários, em razão de ser estranho ao conceito de relação de trabalho o vínculo jurídico de natureza estatutária existente entre servidores públicos e a Administração" (Inf. 422/STF, DJ de 2006 – Ata nº 37/2006).

No julgamento da Rcl 6.568, em 2009, o STF novamente confirmou o entendimento fixado na ADI 3.395, ao determinar que a apreciação de greve deflagrada por policiais civis do Estado de São Paulo e que estava sendo apreciada pela Justiça do Trabalho (ato da Vice-Presidente Judicial Regimental do TRT da 2ª Região, nos autos de dissídio coletivo de greve), deveria ser analisada pelo Tribunal de Justiça (Justiça Comum).

Dessa forma, o STF reforça a ideia de afastar "a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados" por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo (sobre a proibição do exercício de greve por policiais civis e servidores que exercem atividade essencial, cf. item 13.7.9).

b) Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho – competência da Justiça do Trabalho

A jurisprudência do STF estabeleceu ser competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador.[60]

Por outro lado, na hipótese de ações acidentárias propostas pelo segurado em face do INSS e havendo interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, discutindo controvérsia acerca de benefício previdenciário, a competência é da Justiça comum estadual, tendo em vista o critério residual de distribuição de competência (S. 501/STF e art. 109, I, da CF/1988).

Resta analisar qual seria o momento para aplicar o novo entendimento do STF, já que, antes, da EC nº 45/2004, a posição era outra, qual seja, a competência da Justiça Comum.

Segundo o STF, o marco para fixar a (nova) competência da Justiça do Trabalho (art. 87, do CPC/1973 – correspondente ao art. 43, do CPC) é a existência ou não de sentença de mérito. Havendo sentença de mérito proferida pela Justiça estadual ou federal (art. 109, I, da CF/1988), mesmo sem trânsito em julgado, a competência não será deslocada para a Justiça obreira, por uma questão de política judiciária, tendo em vista o significativo número de ações que ainda tramitavam, quando do advento, da EC nº 45/2004, na Justiça comum (Precedente plenário: CC 7.204. Outros precedentes: RE 461.925-AgR, RE 485.636-AgR, RE 486.966-AgR, RE 502.342-AgR, RE 450.504-AgR, RE 466.696-AgR e RE 495.095-AgR. Agravo regimental desprovido).

Nessa linha pacificou o STJ na S. 367: "a competência estabelecida pela EC nº 45/2004 não alcança os processos já sentenciados" (Corte Especial, j. 2008, DJE de 2008).

---

[60] Cf. os seguintes precedentes: CComp 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 2005; AI 529.763 (AgR-ED), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 2005; AI 540.190 (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 2005; AC 822 (MC), Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2005. Cf., ainda, Inf. 394/STF (CC 7.204 – Rel. Min. Carlos Britto, 2005).

Finalmente, o STF, em 2009, aprovou a SV 22, com o seguinte teor: "a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da EC nº 45/2004".

c) Ação de indenização proposta por viúva e filhos de empregado morto em serviço – Justiça do Trabalho.

Em um primeiro momento, o STJ firmou o entendimento de que a competência seria da Justiça Comum Estadual ou Federal por ter a ação natureza civil, chegando, até, a editar a S. 366 (j. 2008, Corte Especial, DJE de 2008).

Contudo, o STF, ao julgar o CC 7.545/SC, em 2009, determinou que a competência era da Justiça do Trabalho, na medida em que a origem do direito decorreria das relações de trabalho. Nesse sentido:

"EMENTA: [...] A competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a edição, da EC nº 45/2004, é da Justiça do Trabalho. [...] O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça especializada. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante" (CC 7.545, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).

Em razão desse novo entendimento proferido pelo STF, em 2009, no julgamento do CC 101.977-SP, o STJ determinou o cancelamento da S. 366, adequando-se, assim, ao novo posicionamento da Suprema Corte, intérprete final da Constituição.

Sustentamos que as regras introduzidas pela Reforma Trabalhista em relação ao "dano extrapatrimonial" não afastam o entendimento aqui estabelecido, não se podendo, inclusive, impedir a formulação de pedido indenizatório pela viúva e filhos nos termos expostos (cf. art. 223-A e art. 223-B da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017).

d) A Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ações penais

"EMENTA: O Tribunal deferiu pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para, com efeito *ex tunc*, dar interpretação conforme à Constituição Federal ao seu art. 114, I, IV e IX, da CF/1988, no sentido de que neles a Constituição não atribuiu, por si sós, competência criminal genérica à Justiça do Trabalho [...]. Entendeu-se que seria incompatível com as garantias constitucionais da legalidade e do juiz natural inferir-se, por meio de interpretação arbitrária e expansiva, competência criminal genérica da Justiça do Trabalho, aos termos do art. 114, I, IV e IX, da CF/1988" (ADI 3.684-MC/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 2007).

Mesmo que se fixe a competência para o julgamento de *habeas corpus*, cabe lembrar que é possível a determinação de prisão civil alimentar por decisão do juízo trabalhista, motivo pelo qual se prescreveu o remédio para tutelar a liberdade de ir e vir.

e) Segundo o STJ, a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ação alusiva a relações contratuais de caráter eminentemente civil, diversa da relação de trabalho

Sobre esse tema, a Corte Especial do STJ pacificou diversos conflitos de competência nos termos da S. 363: "compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente" (j. 2008, DJE de 2008).[61]

O STF ainda não analisou com muita profundidade o assunto. Contudo, no julgamento de ação de cobrança de honorários advocatícios de advogada dativa contra o Estado de Minas Gerais, a Corte, por maioria de votos (vencidos o Min. Marco Aurélio e o Min. Ayres Britto), entendeu como competente a Justiça estadual comum (RE 607.520, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário, DJE 2011, com repercussão geral).

f) Ação possessória decorrente do exercício do direito de greve: Justiça do Trabalho

Muitas vezes quando os bancários realizam greve, têm ocorrido o fechamento das agências e a proibição de clientes e mesmo dos trabalhadores de entrarem nos estabelecimentos ("piquete").

Assim, em razão desses bloqueios, que o próprio movimento grevista vem realizando, alguns bancos propuseram ações possessórias, por exemplo, o interdito proibitório, em razão, nos termos do art. 932, do CPC/1973 (art. 567, CPC), de justo receio de serem molestados na posse (turbação ou esbulho iminente).

A dúvida era saber se a competência seria da Justiça Comum ou do Trabalho. O STF entendeu, partindo do precedente materializado no CJ 6.959/DF,[62] como competente a Justiça do Trabalho na medida em que, ainda que a solução dependesse da apreciação de questões de direito civil, o seu fundamento decorre da relação trabalhista e, no caso, do exercício do direito de greve, aplicando-se, por consequência, o disposto no art. 114, II, da CF/1988.

---

[61] Cf., ainda, no mesmo sentido, julgamento da 4ª T. do TST – RR-1001-2006-751-04-00.3, j. 2008. O tema é novo e merece um acompanhamento da jurisprudência, especialmente do STF, apesar da decisão proferida no RE 607.520, conforme mencionado.

[62] "EMENTA: Justiça do Trabalho: Competência: ConsT. art. 114, da CF/1988: ação de empregado contra o empregador, visando a observância das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho. 1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de 5 anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo e o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho" (CJ 6.959, Rel. Min. Célio Borja, j. 1990, Plenário, DJ de 1991).

Nesse sentido, o STF editou a SV 23: “a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”.

g) Súmula Vinculante 53 (j. 2015)

Após o julgamento do RE 569.056, o STF sedimentou o seguinte entendimento, editando a SV 53: “a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da CF/1988, alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados”.

11.8.4.5 O que aconteceu com os mandatos dos classistas em face, da EC nº 24/1999?

O art. 2º da referida emenda assegura o cumprimento dos mandatos dos então ministros classistas temporários do TST e dos juízes classistas temporários dos TRTs e das extintas JCJ.

Trata-se de dispositivo perfeitamente condizente com os princípios constitucionais, uma vez que se preservam os direitos já adquiridos dos então (à época da promulgação, da EC nº 24/1999) classistas, devendo estes continuar a exercer a sua função até o término de seu mandato.

11.8.4.6 Reforma trabalhista: aspectos constitucionais (Profa. Carla Romar)

Em razão de estarmos diante de matéria interdisciplinar e das particularidades do assunto, tendo em vista as perspectivas da plataforma on-line introduzida a partir da 21ª edição, entendemos ser conveniente para o tema deste item um vídeo explicativo com a professora Carla Romar, extremamente qualificada e autora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Coleção Esquematizado®, remetendo, então, o nosso ilustre leitor para o referido material digital exclusivo.

11.8.5 Tribunais e Juízes Eleitorais

Impulsionada pela Revolução de 1930, a Justiça Eleitoral foi instituída pelo Código Eleitoral de 1932, passando a estar prevista, pela primeira vez, na Constituição de 1934. A denominada “Constituição polaca” de 1937 (Estado Novo de Getúlio Vargas) a extinguiu, sendo restabelecida pelo DL nº 7.586/1945 e mais tarde expressamente assegurada pela Constituição de 1946, quando, então, se manteve em todas as que se seguiram.

Como visto, os órgãos da Justiça Eleitoral são: o Tribunal Superior Eleitoral (TSE); os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs); os Juízes Eleitorais; e as Juntas Eleitorais.

Cabe lembrar que, como previsto no art. 121, § 2º, da CF/1988, os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por 2 anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Trata-se, portanto, no caso apontado pela Constituição (juízes dos tribunais eleitorais), de investidura a tempo certo. Conforme anota José Afonso da Silva, "a Justiça Eleitoral não tem magistrados fixos, próprios. Todos, sejam membros de outros tribunais ou juízos, sejam advogados investidos na função de juiz eleitoral, exercem as funções mediante investidura a prazo certo".[63]

Os membros dos tribunais, os Juízes de Direito e os integrantes das Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

11.8.5.1 Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

• composição: no mínimo, 7 membros (juízes) – art. 119, da CF/1988;

• estrutura da composição: a) 3 juízes serão eleitos dentre os Ministros do STF, pelo voto secreto, pelos próprios membros da Corte Suprema; b) 2 juízes serão eleitos, também pelo voto secreto, dentre os Ministros do STJ, pelos próprios Ministros do STJ; c) 2 outros juízes serão nomeados pelo Presidente da República, sem haver a necessidade de sabatina pelo Senado Federal, dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF. Trata-se da categoria de "juristas". Como são 2 juízes dentre 6 advogados, para cada uma das vagas desses Juízes do TSE (Ministros), o STF elabora uma lista tríplice e a encaminha para o Presidente da República que escolhe 1 e nomeia por Decreto presidencial (art. 84, XVI, da CF/1988);

• Presidente e Vice-Presidente do TSE: serão eleitos pelo TSE, dentre Ministros do STF;

• Corregedor Eleitoral do TSE: será eleito pelo TSE, dentre Ministros do STJ.

É de ressaltar que as decisões do TSE são irrecorríveis, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança (art. 121, § 3º, da CF/1988).

Prescreve-se, assim, a regra da irrecorribilidade das decisões proferidas pelo órgão de cúpula da Justiça Eleitoral (TSE), só se admitindo a interposição de recurso para o STF nas hipóteses listadas pela Constituição, a saber:

---

[63] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

• decisões do TSE que contrariarem a Constituição: recorríveis ao STF mediante recurso extraordinário (art. 102, III, "a", da CF/1988);

• decisões do TSE denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança (art. 121, § 3º, da CF/1988), decididos em única instância: recorríveis ao STF mediante recurso ordinário (art. 102, II, "a", da CF/1988).

11.8.5.2 Tribunal Regional Eleitoral (TRE)

Conforme dispõe o art. 120, da CF/1988, na Capital de cada Estado e no Distrito Federal haverá um Tribunal Regional Eleitoral.

• composição: 7 membros (juízes);

• estrutura da composição: a) eleição, pelo voto secreto, de 2 juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; b) eleição, pelo voto secreto, de 2 juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; c) de 1 juiz do TRF com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo TRF respectivo; d) de 2 juízes, por nomeação, pelo Presidente da República, dentre 6 advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Em relação aos juízes oriundos da advocacia (juristas), destacamos a Res. nº 23.517/2017–TSE, que dispõe sobre a lista tríplice a ser organizada pelos Tribunais de Justiça, e não pela OAB,[64] para o preenchimento das vagas de juízes dos TREs, na classe dos advogados (juristas).

Muito embora não se aplique a regra do quinto constitucional (e veja, inclusive, que o art. 25, § 2º, do Código Eleitoral estabelece que a lista não poderá conter, além de nome de Magistrado aposentado, nome de membro do Ministério Público), a regra geral prevista no art. 94 da Constituição em relação à experiência do advogado – dez anos de efetiva atividade profissional –, segundo entendem o STF e o TSE, aplica-se de forma complementar à regra do art. 120, da CF/1988, sendo, portanto exigida (RMS 24.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2005, 2ª T., e RMS 24.232, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2005, 2ª T.).

Nesse sentido, o art. 5º, caput, da Res. nº 23.517/2017 determina que, na data em que forem indicados, os advogados deverão estar no exercício da advocacia e possuir 10 anos consecutivos ou não de prática profissional.

• Presidente e Vice-Presidente do TRE: serão eleitos pelo TRE, dentre os desembargadores. Nos termos do art. 121, § 4º, da CF/1988, das decisões dos TREs somente caberá recurso, para o TSE, quando:

---

[64] "EMENTA: TRE. Composição. Vaga reservada à classe dos advogados. Participação da OAB no procedimento de indicação. Direito inexistente. Indicação, em lista tríplice, pelo Tribunal de Justiça. Art. 120, § 1º, III, da CF/1988" (MS 21.073, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 1990, Plenário, e MS 21.060, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1991, Plenário).

• forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei. Nesse ponto, deve-se deixar claro que a interposição de recurso contra decisão do TRE que contrariar disposição expressa da Constituição deverá ser para o TSE e não para o STF, devendo o art. 121, § 4º, I, da CF/1988,ser interpretado como norma especial, que prevalece sobre a regra geral do art. 102, I, "a", da CF/1988;[65]

• ocorrer divergência na interpretação de Lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

• versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

• denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

11.8.5.3 Juízes Eleitorais

Os Juízes Eleitorais, consoante o art. 32 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), são os próprios juízes de direito em efetivo exercício e, na falta destes, os seus substitutos legais, da própria organização judiciária do Estado ou do DF, que gozem das prerrogativas do art. 95, da CF/1988, cabendo-lhes a jurisdição de cada uma das zonas eleitorais em que é dividida a circunscrição eleitoral e com as competências expressas no art. 35 a Lei nº 4.737/1965, do Código Eleitoral, (para algumas provas, vale a leitura do referido dispositivo legal. Isso porque certas provas, e aí o candidato atento deve ler os editais, exigem alguns conhecimentos muito específicos.).

Destacamos, por fim, o teor da S. 368/STJ: "compete à Justiça comum estadual processar e julgar os pedidos de retificação de dados cadastrais da Justiça Eleitoral" (j. 2008, 1ª S., DJE de 2008).

11.8.5.4 Juntas Eleitorais

O art. 121, da CF/1988, estatui que Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais.

As regras estão no Código Eleitoral, que, dentre outras particularidades, em seu art. 36, da Lei nº 4.737/1965, estabelece que as Juntas Eleitorais compor-se-ão de 1 juiz de direito, que será o presidente, e de 2 ou 4 cidadãos de notória idoneidade. Os membros das Juntas Eleitorais serão nomeados 60 dias antes da eleição, depois da aprovação do Tribunal

---

[65] Nesse sentido: "contra acórdão de TRE somente cabe recurso para o TSE, mesmo que nele se discuta matéria constitucional. É o que se extrai do disposto no art. 121, caput, e seu § 4º, I, da CF/1988, e nos art. 22, II, e art. 276, I e II, Código Eleitoral, Lei 4.737/1965. No âmbito da Justiça Eleitoral, somente os acórdãos do TSE é que podem ser impugnados, perante o STF, em recurso extraordinário (arts. 121, § 3º, e art. 102, III, da CF/1988)" (AI 164.491 AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1995, 1ª T.).

Regional, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. Outrossim, até 10 dias antes da nomeação, os nomes das pessoas indicadas para compor as Juntas serão publicados no órgão oficial do Estado, podendo qualquer partido, no prazo de 3 dias, em petição fundamentada, impugnar as indicações.

Na dicção do art. 40 do Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, recepcionado como Lei Complementar e regulador da matéria, compete à Junta Eleitoral: a) apurar, no prazo de 10 dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; b) resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; c) expedir os boletins de apuração mencionados no art. 179, da Lei nº 4.737/1965; d) expedir diploma aos eleitos para cargos municipais.

11.8.5.5 Competências e atribuições da Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral caracteriza-se como uma Justiça singular, pois possui competências/atribuições extremamente diversificadas.

Conforme já anunciamos, de acordo com o art. 121, caput, da CF/1988, Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos Juízes de Direito e das Juntas Eleitorais.

Muito embora a expressa delegação para o legislador infraconstitucional, algumas ações foram delineadas na própria Constituição Federal, destacando-se, dentre outras:

• art. 14, § 10, da CF/1988: impugnação do mandato eletivo;

• art. 17, III, da CF/1988: prestação de contas pelos partidos políticos;

• art. 121, § 4º, IV, da CF/1988: inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

• art. 121, § 4º, V, da CF/1988: anulação de diplomas ou decretação da perda de mandatos eletivos federais ou estaduais (cf., também, art. 55, V, da CF/1988).

Diante do comando do art. 121, caput, da CF/1988, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) foi recepcionado como Lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral, estando a competência do TSE definida em seus art. 22 e 23, da Lei nº 4.737/1965, a do TRE nos art. 29 e art. 30, da Lei nº 4.737/1965, a dos Juízes Eleitorais no art. 35, da Lei nº 4.737/1965 e a das Juntas Eleitorais no art. 40, da Lei nº 4.737/1965.

Analisando os dispositivos constitucionais e legais (alertando que alguns não foram recepcionados[66]), observam-se as seguintes competências/atribuições da Justiça Eleitoral:

---

[66] Para aqueles que prestarão provas específicas, imprescindível a leitura do Código Eleitoral, destacando-se o Código Eleitoral anotado e legislação complementar publicado pela Coordenadoria de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e que pode ser acessado gratuitamente (http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral).

• competência administrativa: o Juiz Eleitoral organiza e administra o processo eleitoral, exercendo poder de polícia, independentemente da existência de conflito a ser solucionado;

• competência jurisdicional: diversas ações judiciais são julgadas pela Justiça Especializada, destacando-se algumas ações eleitorais específicas, a saber: a) ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC); b) ação de investigação judicial eleitoral (AIJE); c) ação de impugnação de mandato eletivo (AIME); d) recurso contra diplomação (RCD) etc;

A Justiça Eleitoral possui tanto competência civil como penal. No tocante à competência penal, o STF, por 6 x 5, reafirmando a jurisprudência da Corte, em razão de seu caráter especializado, estabeleceu ser competência da Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos art. 109, IV, e art. 121 da CF/1988, art. 35, II, do Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965 e art. 78, IV, do Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689/1941, (Inq 4.435 AgR-quarto/DF, j. 2019, Plenário).

• competência consultiva: essa atribuição se mostra singular no Judiciário brasileiro, já que a legislação permite que se façam consultas à Justiça Eleitoral (TSE), para que se defina em tese uma questão (situações abstratas e impessoais). De acordo com o art. 23, XII, do Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, compete privativamente ao TSE responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

Conforme se interpretou, a resposta dada a consulta em matéria eleitoral, além de não ter efeito vinculante, "não tem natureza jurisdicional, sendo ato normativo em tese, sem efeitos concretos e sem força executiva com referência a situação jurídica de qualquer pessoa em particular".[67]

• competência normativa: o TSE, por meio de resoluções, expedirá instruções para fiel execução do Código Eleitoral (art. 1º, parágrafo único, e 23, IX, da Lei nº 4.737/1965).

11.8.6 Tribunais e Juízes Militares

Os órgãos da Justiça Militar (Justiça castrense), como já visto, previstos no art. 122, I e II, da CF/1988, são: o Superior Tribunal Militar (STM); os Tribunais Militares (TMs) e os Juízes Militares instituídos por lei.

Como se sabe, e o tema será retomado em segurança pública (cf. item 13.6), existem tanto servidores militares federais integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica – art. 142, § 3º, da CF/1988) como aqueles militares dos Estados, Distrito

[67] STF: cf. MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2007, Plenário; TSE: Ac.-TSE, de 27.11.2012, no REspe 20.680, e de 20.5.2008, no AgR-MS 3710 – Código Eleitoral anotado e legislação complementar, ciT. comentários ao art. 23, XII, da Lei nº 4.737/1965.

Federal e Territórios, que compõem as Forças Auxiliares e reserva do Exército (polícia militar e corpo de bombeiros militar – art. 144, § 6º, da CF/1988).

Assim, de maneira coerente, a Constituição Federal distingue a Justiça Militar Federal (da União) de um lado (art. 124, da CF/1988) e a estadual, também especializada, de outro (art. 125, § 3º, § 4º e § 5º, da CF/1988).

11.8.6.1 Superior Tribunal Militar (STM)

Ao Superior Tribunal Militar, além de competência originária, foram estabelecidas atribuições para julgar as apelações e os recursos das decisões proferidas pelos Juízes Federais da Justiça Militar da União ou pelos Conselhos de Justiça (órgãos de primeiro grau de jurisdição) (cf. o organograma, item 11.6.5).

Deve-se deixar claro que o STM não examina matérias provenientes da Justiça Militar Estadual ou Distrital.

Dessa forma, apesar de ter a denominação "Superior Tribunal", não atua conforme o STJ, já que, no caso, o STM, além das atribuições originárias, funciona como tribunal recursal (para bem entendermos, mantidas todas as particularidades, atua como se fosse um TJ).

Tanto é assim que, na Justiça Militar da União, não existe órgão intermediário entre a primeira instância (Auditorias Militares) e o STM (conforme visto, órgão recursal).

Abaixo indicamos a evolução do STM e, em seguida, regras sobre a composição atual da Corte:

ATO NORMATIVO	DENOMINAÇÃO	NÚMERO DE MEMBROS	TITULAÇÃO
• Alvará de 1808 (Príncipe-Regente D. João VI)	• Conselho do Supremo Militar e de Justiça	• 15	• Conselheiros de Guerra • Conselheiros do Almirantado • Vogais
• Decreto nº 149/1893	• Supremo Tribunal Militar	• 15	• Ministros
• Decreto nº 14.450/1920	• Supremo Tribunal Militar	• 9	• Ministros
• DL nº 925/1938	• Supremo Tribunal Militar	• 11	• Ministros
• Constituição de 1946	• Superior Tribunal Militar	• 11	• Ministros
• AI 2, de 1946	• Superior Tribunal Militar	• 15	• Ministros
• Constituição de 1988	• Superior Tribunal Militar	• 15	• Ministros

• composição: 15 Ministros vitalícios (art. 123, da CF/1988);

• estrutura da composição: a) 3 dentre oficiais-generais da Marinha, da ativa e do posto mais elevado da carreira; b) 4 dentre oficiais-generais do Exército, da ativa e do posto mais elevado da carreira; c) 3 dentre oficiais-generais da Aeronáutica, da ativa e do posto mais

elevado da carreira; e d) 5 dentre civis, dos quais 3 serão escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, e 2, por escolha paritária, dentre juízes federais da Justiça Militar e membros do Ministério Público Militar;

• forma de nomeação: o Presidente da República aponta a indicação dos 15 Ministros, respeitando-se a proporção acima exposta. A indicação deve ser aprovada pela maioria simples do Senado Federal, onde serão sabatinados. Aprovada a indicação, o Presidente da República os nomeará;

• requisitos: a Constituição Federal somente prevê, de forma expressa, requisitos para os Ministros civis, quais sejam: a) ser brasileiro, nato ou naturalizado; b) ter mais de 35 anos de idade; c) para os Ministros civis escolhidos dentre os advogados, ter notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional; e d) para os oficiais-generais a Constituição Federal prevê o requisito de serem brasileiros natos, de acordo com o art. 12, § 3º, VI, da CF/1988.

11.8.6.2 Justiça Militar da União

11.8.6.2.1 Regras gerais e Circunscrições Judiciárias Militares

Com competência exclusivamente penal, incumbe-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei:

• primeira instância: julgamento pelos Conselhos de Justiça Militar (colegiado) nas hipóteses previstas na lei, ou, monocraticamente, pelo Juiz Federal da Justiça Militar em caso de crime militar praticado por civis nos casos previstos no art. 9º, I e III do Código Penal Militar, Decreto Lei nº 1.001/1969, e militares, quando estes forem acusados juntamente com os civis no mesmo processo;

• órgão recursal e de jurisdição superior (competência originária): julgamento pelo Superior Tribunal Militar (STM).

Nos termos do art. 1º, da Lei nº 8.457/1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, na redação dada pela Lei nº 13.774/2018, são órgãos da Justiça Militar (da União):[68]

• o Superior Tribunal Militar (STM);

• a Corregedoria da Justiça Militar;

• o Juiz-Corregedor Auxiliar;

• os Conselhos de Justiça;

---

[68] Na vigência do estado de guerra, os órgãos da Justiça Militar junto às forças em operações serão: a) os Conselhos Superiores de Justiça Militar; b) os Conselhos de Justiça Militar; c) os juízes federais da Justiça Militar (art. 89, da Lei nº 8.457/1992, na redação dada pela Lei nº 13.774/2018).

• os Juízes Federais da Justiça Militar; e

• os Juízes Federais substitutos da Justiça Militar.

Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 8.457/1992 estabelece que, para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em 12 Circunscrições Judiciárias Militares (embora estejam sendo feitos estudos para uma necessária ampliação dessa divisão em virtude, especialmente, da extensão territorial da 12ª Circunscrição) abrangendo:

• 1ª – Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;

• 2ª – Estado de São Paulo;

• 3ª – Estado do Rio Grande do Sul;

• 4ª – Estado de Minas Gerais;

• 5ª – Estados do Paraná e Santa Catarina;

• 6ª – Estados da Bahia e Sergipe;

• 7ª – Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;

• 8ª – Estados do Pará, Amapá e Maranhão;

• 9ª – Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;

• 10ª – Estados do Ceará e Piauí;

• 11ª – Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins;

• 12ª – Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

11.8.6.2.2 Conselhos de Justiça (julgamento colegiado e por escabinato) e os Juízes Federais da Justiça Militar da União (julgamento monocrático)

Nas Circunscrições Judiciárias Militares existem as correspondentes Auditorias (órgãos de primeira instância da Justiça Militar) que têm jurisdição mista, cabendo-lhes conhecer dos feitos relativos à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica.

Conforme vimos, o julgamento em primeira instância nas referidas Auditorias se dá em colegiado e por escabinato (Conselhos de Justiça) ou, nas hipóteses trazidas pela Lei nº 13.774/2018, monocraticamente, pelos Juízes Federais da Justiça Militar da União.

a) Conselhos de Justiça Militar: Especial e Permanente

Os Conselhos de Justiça Militar (colegiado) são compostos de 1 juiz togado (bacharel em direito que ingressou na carreira mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases – art. 93, I, da CF/1988) e de 4 juízes leigos (militares, sorteados como se observa abaixo), tendo o valor do voto do togado o mesmo valor do voto dos leigos (escabinato).

Essa composição plúrima por juiz togado e juízes leigos (militares) se justifica em razão da necessidade de se harmonizarem os conhecimentos técnicos com a experiência da caserna, tendo como pano de fundo a ideia de hierarquia e disciplina, base da organização militar.

Os Conselhos se dividem em duas espécies, o Especial e o Permanente, e funcionarão na sede das Auditorias, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do Superior Tribunal Militar.

O Conselho Especial de Justiça é constituído pelo Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 juízes militares, dentre os quais 1 oficial-general ou oficial superior.

Por sua vez, o Conselho Permanente de Justiça é constituído pelo Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 juízes militares, dentre os quais pelo menos 1 oficial superior.

Para efeito de composição dos Conselhos, nas respectivas circunscrições judiciárias militares, os comandantes de Distrito Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com os respectivos postos, antiguidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao juiz competente para que, então, se proceda, nos termos dos art. 19 ao art. 22, da Lei nº 8.457/1992 (na redação dada pela Lei nº 13.774/2018), ao sorteio.

O Conselho Especial (art. 23, da Lei nº 8.457/1992) é constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior, sendo que os juízes militares que o integrarem serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade.

Quanto ao Conselho Permanente (art. 24, da Lei nº 8.457/1992), uma vez constituído, embora o nome "permanente", funcionará durante três meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei. O oficial que tiver integrado o Conselho Permanente não será sorteado para o trimestre imediato, salvo se para sua Constituição houver insuficiência de oficiais.

O quadro a seguir ajuda a entender a distinção entre os Conselhos:

	CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA	**CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA**
CONSTITUIÇÃO	• Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar • 4 Juízes Militares, dentre os quais 1 oficial-general ou oficial superior	• Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar • 4 Juízes Militares, dentre os quais pelo menos 1 oficial superior
PRESIDÊNCIA DOS CONSELHOS	• Juiz Federal da Justiça Militar (art. 30, I-A, da Lei nº 8.457/1992, introduzido pela Lei nº 13.774/2018)	• Juiz Federal da Justiça Militar (art. 30, I-A, da Lei nº 8.457/1992, introduzido pela Lei nº 13.774/2018)

DURAÇÃO/ FUNCIONAMENTO	• constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão dos trabalhos	• 3 meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil • possibilidade de prorrogação de prazo nos casos previstos em lei
COMPETÊNCIA	• processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar • a competência para processar e julgar os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei, é, de acordo com o art. 6º, I, "a", da Lei nº 8.457/1992, originária do STM	• processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos delitos previstos na legislação penal militar • CUIDADO: conforme veremos na letra b) abaixo, os civis, nos casos previstos no art. 9º, I e III, do Código Penal Militar, e os militares, quando estes forem acusados juntamente com os civis no mesmo processo, serão processados e julgados, monocraticamente, pelo Juiz Federal Militar (e não mais pelo Conselho, como era antes da nova regra introduzida pela Lei nº 13.774/2018) Obs.: cabe lembrar que, nas hipóteses previstas em lei, os civis poderão ser julgados apenas pela Justiça Militar da União e jamais serão julgados pela Justiça Militar Estadual, que, em razão de sua competência constitucional (art. 125, § 4º, da CF/1988), só julga militares

b) Juízes federais da justiça militar e os juízes federais substitutos da justiça militar (Lei nº 13.774/2018)

A Lei nº 13.774/2018, ao alterar a Lei nº 8.457/1992, trouxe importante novidade ao estabelecer a competência dos Juízes Federais da Justiça Militar da União para processar e julgar civis, nos casos previstos no art. 9º, I e III, do Código Penal Militar, e militares, quando estes forem acusados juntamente com os civis no mesmo processo.

Antes dessa alteração normativa, a competência de julgamento era do Conselho de Justiça (escabinato). Conforme se estabeleceu na justificativa do PL 7.683/2014-CD (que foi convertido na Lei nº 13.774/2018), "os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares" (já que, conforme vimos acima, o Conselho é formado pelo Juiz Federal da Justiça Militar e por 4 Juízes Militares).

Outra importante novidade introduzida pela reforma de 2018 foi o estabelecimento de competência dos Juízes Federais da Justiça Militar para julgar os *habeas corpus*, *habeas data* e mandados de segurança contra ato de autoridade militar praticado em razão da ocorrência de crime militar, exceto o praticado por oficial-general (art. 30, I-C, da Lei nº 8.457/1992).

Conforme se justificou na apresentação ao projeto de lei, "essa alteração inaugura a possibilidade do duplo grau de jurisdição referente aos remédios constitucionais", que, antes da referida modificação, estavam "inseridos na competência originária do Superior Tribunal Militar".

Finalmente, cabe observar outra novidade introduzida pela Lei nº 13.774/2018, qual seja, a presidência dos Conselhos (colegiado de primeira instância) passou ao Juiz Federal

da Justiça Militar, ou seja, deixou de estar nas mãos de um Militar, passando ao Juiz togado, técnico para condução dos trabalhos.

RESUMO: regras de competência para o julgamento em 1ª Instância

Diante do exposto, a partir das novas regras introduzidas pela Lei nº 13.774/2018, podemos esquematizar:

• Conselhos de Justiça: crimes militares praticados por militares;

• Juiz Federal da Justiça Militar: crimes militares previstos no art. 9º, I e III, do Código Penal Militar praticados por civis;

• Juiz Federal da Justiça Militar: militares, quando estes forem acusados juntamente com civis no mesmo processo por crimes militares.

11.8.6.2.3 Hierarquia militar (postos e graduações)

A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas, sendo que a autoridade e a responsabilidade são proporcionais ao grau hierárquico, isto é, quanto mais elevado este, maiores serão aquelas.

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela antiguidade (no posto ou na graduação):

• posto: é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica e confirmado em Carta Patente.

• graduação: é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente.

Já a disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

A seguir, para conhecimento, reproduzimos os postos e graduações das Forças Armadas, para que se compreendam, com precisão, as competências dos Conselhos Especial e Permanente de Justiça. Cabe alertar que os postos de Almirante, Marechal e Marechal do Ar serão providos somente em tempo de guerra:[69],[70],[71],[72] e [73].

---

[69] O quadro foi construído com base no Anexo I à Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), introduzido pela Lei nº 13.954/2019 e com a indicação dos círculos e escala hierárquica nas Forças Armadas.

[70] Guarda-Marinha e Aspirantes a Oficial frequentam o círculo de Oficiais Subalternos.

[71] Todos os alunos dessa linha até a linha que antecede Guarda-Marinha e Aspirantes a Oficial do quadro excepcionalmente ou em reuniões sociais têm acesso aos círculos dos Oficiais.

[72] Os alunos de escola ou centro de formação de Sargentos excepcionalmente ou em reuniões sociais têm acesso ao círculo dos Suboficiais, Subtenentes e Sargentos.

[73] Os alunos dessa linha do quadro frequentam o círculo de Cabos e Soldados.

	MARINHA	EXÉRCITO	AERONÁUTICA
OFICIAIS-GENERAIS	• Almirante • Almirante de Esquadra • Vice-Almirante • Contra-Almirante	• Marechal • General de Exército • General de Divisão • General de Brigada	• Marechal do Ar • Tenente-Brigadeiro • Major-Brigadeiro • Brigadeiro
OFICIAIS SUPERIORES	• Capitão de Mar e Guerra • Capitão de Fragata • Capitão de Corveta	• Coronel • Tenente-Coronel	• Coronel • Tenente-Coronel
OFICIAIS INTERMEDIÁRIOS	• Capitão-Tenente	• Major • Capitão	• Major • Capitão
OFICIAIS SUBALTERNOS	• 1º Tenente • 2º Tenente	• 1º Tenente • 2º Tenente • Aspirante a Oficial	• 1º Tenente • 2º Tenente • Aspirante a Oficial (70)
GRADUADOS(PRAÇAS)	• Suboficial • 1º Sargento • 2º Sargento • 3º Sargento • Cabo	• Subtenente • 1º Sargento • 2º Sargento • 3º Sargento • Cabo e Taifeiro-Mor • Soldado e Taifeiro de 1ª Classe • Soldado-Recruta e Taifeiro de 2ª Classe	Suboficial • 1º Sargento • 2º Sargento • 3º Sargento • Cabo e Taifeiro-Mor • Soldado de 1ª Classe e Taifeiro de 1ª Classe Soldado de 2ª Classe e Taifeiro de 2ª Classe
PRAÇAS ESPECIAIS	• Guarda-Marinha • Aspirante (Aluno da Escola Naval) e Aluno das instituições de graduação de Oficiais da Marinha • Aluno do Colégio Naval • Aluno de órgão de formação de Oficiais da Reserva • Aluno de escola ou centro de formação de Sargentos • Aprendiz-Marinheiro, Grumete e Aluno de órgão de formação de Praças da Reserva	• Cadete (Aluno da Academia Militar) e Aluno do Instituto Militar de Engenharia e Aluno das instituições de graduação de Oficiais do Exército • Aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Exército • Aluno de órgão de formação de Oficiais da Reserva • Aluno de escola ou centro de formação de Sargentos • Aluno de órgão de formação de Praças da Reserva (73)	• Cadete (Aluno da Academia da Força Aérea) e Aluno do Instituto Tecnológico de Aeronáutica • Aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Ar • Aluno de órgão de formação de Oficiais da Reserva (71) • Aluno de escola ou centro de formação de Sargentos (72)

11.8.6.2.4 Ministério Público Militar e Defensoria Pública da União

Tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública da União[74] mantêm representantes junto à Justiça Militar.

Como vimos, o Ministério Público da União compreende, dentre outros, o Ministério Público Militar (art. 128, I, "c", da CF/1988). Trata-se de carreira própria e com concurso público específico.

[74] Por esse motivo, o candidato atento tem conhecimento de que, dentre as matérias que constam nos Editais para ingresso no cargo de Defensor Público Federal da Carreira de Defensor Público da União, estão direito penal militar e direito processual penal militar.

11.8.6.2.5 A Justiça Militar da União julga civil?

A Constituição Federal estabeleceu importante diferenciação: a Justiça Militar Estadual não julga civil, mas somente policial militar e bombeiro militar (regra expressa do art. 125, § 3º, § 4º e § 5º).[75] Por sua vez, a Justiça Militar da União, que julga os militares integrantes das Forças Armadas, em certos casos, também poderá julgar o civil. Isso porque o art. 124, da CF/1988 estabelece competir à Justiça Militar (da União) processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

De acordo com o art. 9º, III, do Código Penal Militar (DL nº 1.001/1969), consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no art. 9º, I, do Código Penal Militar (DL nº 1.001/1969) como também os do art. 9º, II, do Código Penal Militar (DL nº 1.001/1969) nos seguintes casos:

• contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

• em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

• contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

• ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação legal superior.

De acordo com o STF, a interpretação desse dispositivo legal em relação ao civil deve se dar de modo restritivo. “A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do “intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado” (CC 7.040, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1996). O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal cometimento se traduz

[75] “A competência da Justiça Militar Estadual é definida em razão da matéria (crime militar) e da pessoa (policial militar). O policial militar da reserva ou reformado equipara-se ao policial em atividade para fins de aplicação, da Lei penal militar. A exclusão, demissão ou exoneração do serviço militar não retira a competência da Justiça Militar, desde que o fato tenha sido praticado ao tempo em que o agente era policial militar (art. 5º do Código Penal Militar, Decreto Lei nº 1.001/1969). A Lei penal militar poderá, nesse caso, alcançar ex-policiais militares” (cf.: – institucional – competência).

em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem (art. 142, da CF/1988)".[76]

Esse entendimento, já restritivo, poderá ser revisto pelo STF no julgamento da ADPF 289, proposta pela PGR em 2013, com o pedido de ser reconhecida "a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e para que estes crimes sejam submetidos a julgamento pela justiça comum, federal ou estadual".

O Min. Celso de Mello, ao analisar a regulação do tema no direito comparado, identificou clara tendência "no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (art. 213, da Constituição de 1976, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (art. 213, da Constituição de 1991), Paraguai (art. 174, da Constituição de 1992), México (art. 13, da Constituição de 1917) e Uruguai (art. 253, da Constituição de 1967 c/c art. 27 e art. 28 da Ley 18.650/2010)".

Ainda, destacou relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 2005): "determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que "um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares [...]" (item nº 269, nº 14, da parte dispositiva, "Puntos Resolutivos")".

Finalmente, o caso Ex Parte Milligan (1866-71 U.S. 1), importante *landmark ruling* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Conforme observou Celso de Mello, a Corte, "ao examinar decisão condenatória motivada por fatos ocorridos no curso da Guerra Civil americana, veio a invalidar tal condenação, que impusera a pena de morte (enforcamento), por traição, a um acusado civil, Lambden P. Milligan, por entender que, mesmo que se tratasse de um crime praticado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que ocorrera, ainda assim um civil não poderia ser julgado por uma Corte militar (*martial court*), desde que os órgãos judiciários da Justiça comum estivessem funcionando regularmente" (HC 110.185, j. 2013, 2ª T.).

Resta aguardar como o STF resolverá essa importante questão (julgamento de civis pela Justiça Militar da União) em debate na ADPF 289 (pendente), lembrando que, conforme vimos no item 11.8.6.2.2, a Lei nº 13.774/2018, ao alterar a Lei nº 8.457/1992, trouxe importante novidade ao estabelecer a competência dos Juízes Federais da Justiça Militar da União para processar e julgar, monocraticamente, civis, nos casos previstos no art. 9º, I e III do Código Penal Militar, Lei nº 1.001/1969, e militares, quando estes forem acusados

[76] HC 86.216, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2008, 1ª T. DJE de 2008. No mesmo sentido: HC 104.619, j. 2011, 1ª T; HC 99.671, j. 2009, 2ª T. Cf., ainda, HC 103.318, HC 104.617, HC 104.837, HC 96.083, HC 96.561, HC 90.451 etc.

juntamente com os civis no mesmo processo, modificando a competência que era do Conselho de Justiça (escabinato).

Conforme se estabeleceu na justificativa do PL 7.683/2014-CD (que foi convertido na Lei nº 13.774/2018), "os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares".

11.8.6.2.6 E os crimes dolosos contra a vida? Justiça Militar da União: Modificações introduzidas pela Lei nº 13.491/2017

O art. 124, da CF/1988 dispõe que à Justiça Militar (da União) compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, quais sejam, no Código Penal Militar e, a partir da polêmica redação dada pela Lei nº 13.491/2017 ao art. 9º, II, do CPM, na legislação penal comum, nas hipóteses ali fixadas, incluindo, portanto, não apenas o código penal comum como a legislação penal especial (alertamos que a ADI nº 5.804, ajuizada pela ADEPOL em 2017, questiona essa ampliação – pendente).

No tocante ao crime doloso contra a vida, se praticado por um militar contra outro militar, a competência para julgamento, fixada na Lei (art. 9º, do CPM), será da Justiça Militar.

E se a vítima for civil? Quem tem competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida? Nesse caso, admitindo a abertura fixada no art. 124, da CF/1988, devemos encontrar a resposta na lei.

Isso porque a Constituição, em relação à Justiça Militar da União, não definiu qualquer regra. Apenas estabeleceu (art. 124, da CF/1988) que a competência será definida na lei, colocando-se em dúvida se, de fato, teria o constituinte dado um "cheque em branco" para o legislador.

Antes de responder ao questionamento, devemos trazer uma observação importante: para a Justiça Militar Estadual, há regra explícita na Constituição: a competência é do Tribunal do Júri se a vítima for civil (art. 125, § 4º, da CF/1988), lembrando que, na hipótese de crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar (vítima militar), a competência será da Justiça Militar (cf. item 11.8.6.3.2).

Em relação à Justiça Militar da União, na redação introduzida pela Lei nº 9.299/1996 do art. 9º, parágrafo único, do CPM, assim como ao art. 82, Código de Processo Penal Militar – CPPM, DL nº 1.002/1969, inicialmente, não havia qualquer exceção e, assim, em relação aos crimes de que trata referido artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, a competência de julgamento era exclusivamente

da justiça comum e sem qualquer exceção, qual seja, do Tribunal do Júri na Justiça Federal comum.[77]

Essa regra geral foi mantida pela Lei nº 13.491/2017, ao estabelecer no art. 9º, § 1º, do CPM que os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

Mas CUIDADO: referido dispositivo, que já havia sido excepcionado pela Lei nº 12.432/2011, deve ser agora analisado considerando as novas exceções trazidas pela Lei nº 13.491/2017.

De acordo com o art. 9º, § 2º, do CPM, introduzido pela Lei nº 13.491/2017, os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União (e não do júri), se praticados no contexto:

• do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

• de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

• de atividade de natureza militar, de operação de paz, de Garantia, da Lei e da Ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142, da CF/1988, e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; b) LC nº 97/1999; c) DL nº 1.002/1969 – Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral.

Nessas situações, que excepcionam a regra geral e que foram introduzidas pela Lei nº 13.491/2017, em se tratando de crime doloso contra a vida cometido por militar das Forças Armadas contra civil, a competência de julgamento para a hipótese de crime doloso contra a vida será da Justiça Militar da União e não do júri.

Como exemplos, podemos pensar na atuação das Forças Armadas na construção civil – e isso tem sido muito comum no caso de duplicação de rodovias federais pelo Exército, ou, ainda, no emprego das Forças Armadas na pacificação de favelas no Rio de Janeiro (cf. item 13.6.2), ou, ainda, no apoio às ações de defesa civil com pessoal, material e meios de transporte, inclusive em ações de busca e salvamento.

Dentre outros exemplos, podemos lembrar a atuação das Forças Armadas para o cumprimento de mandado de prisão (art. 8º, "c", do CPM). Em uma situação como essa, havendo crime doloso contra a vida praticado por militar (das Forças Armadas) contra civil, a competência de julgamento será da Justiça Militar.

---

[77] Isso mesmo, trata-se de júri a ser realizado na Justiça Federal (comum). O art. 4º, caput, do Decreto-Lei nº 253/1967 estabelece que nos crimes de competência da Justiça Federal, que devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, observar-se-á o disposto na legislação processual, cabendo a sua presidência ao juiz a que competir o processamento da respectiva ação penal.

Podemos pensar, também, no importante papel atribuído pela Lei para, durante as eleições, assegurar o cumprimento, da Lei, garantindo a votação e a apuração (art. 23, XIV, da Lei nº 4.737/1965).

Outra exceção, que já era prevista na Lei nº 12.432/2011, é aquela que define a competência da Justiça Militar da União, mesmo na hipótese de crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303, da Lei nº 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). Explicamos esse ponto.

O art. 289 do CBA, da Lei nº 7.565/1986, estatui que, na infração aos preceitos do Código ou da legislação complementar, a autoridade aeronáutica poderá tomar, dentre várias providências administrativas, as de detenção, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado, e o art. 303 do CBA estabelece que a aeronave poderá ser detida pelas autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nas seguintes hipóteses:

• se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

• se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

• para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

• para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21, do CBA) ou de porte proibido de equipamento (art. 21, parágrafo único, do CBA);

• para averiguação de ilícito.

Nessas hipóteses, a autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada, qual seja, nos termos do art. 10, do Decreto nº 5.144/2004, o Comandante da Aeronáutica.

O art. 5º, do Decreto nº 5.144/2004, estabelece que a medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil, e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Essa possibilidade de destruição da aeronave e, assim, como decorrência da medida, a eventual morte de civis que estejam a bordo são normas que foram introduzidas pela Lei nº

9.614/1998, conhecida como “Lei do Abate”, havendo ampla regulamentação no citado Decreto nº 5.144/2004.[78]

Naturalmente, a autoridade responderá por seus atos quando agir com excesso ou abuso de poder ou com espírito emulatório, e, assim, nessas circunstâncias, caracterizado eventual crime doloso contra a vida (no caso, por exemplo, a morte dos tripulantes da aeronave supostamente considerada hostil), a competência para julgamento do militar não será da justiça comum (apesar de civil a vítima), mas da Justiça Militar.

Portanto, muito cuidado nos termos expostos, quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303, da Lei nº 7.565/1986 (CBA), a Justiça Militar da União será competente para julgar suposto crime doloso contra a vida praticado contra civil.

No caso desse exemplo e no das demais hipóteses destacadas, estamos diante de situação excepcional, qual seja, o afastamento da regra do júri por lei, em razão do comando estabelecido no art. 124, caput, da CF/1988, que prescreve ser competência da Justiça Militar da União processar e julgar os crimes definidos em lei.

O STF ainda não enfrentou essa questão de modo específico, devendo o debate ser travado no sentido de se admitir efetivamente, como fez a lei, o afastamento da regra do júri com base no “cheque em branco” supostamente prescrito no referido art. 124, da CF/1988.

Assim, podemos concluir, de acordo com o prescrito no art. 124, da CF/1988, c/c o art. 9º do CPM:

• crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar: Justiça Militar;

• crime doloso contra a vida praticado por militar das Forças Armadas e a vítima civil – regra geral: a competência será da justiça comum, Tribunal do Júri Federal;

• crime doloso contra a vida cometido por militar das Forças Armadas contra civil, se no contexto do art. 9º, § 2º, I ao III do CPP (redação dada pela Lei nº 13.491/2017) – exceções à regra geral: competência da Justiça Militar da União, mesmo se a vítima for civil (havendo dúvida sobre a possibilidade desse afastamento da competência do Tribunal do Júri por Lei – o pleno do STF ainda não analisou essa questão diretamente.).

Devemos lembrar que antes dessa extraordinária ampliação da competência da Justiça Militar da União pela Lei nº 13.491/2017, que potencializou aquela já prescrita pela Lei nº 12.432/2011 (Código Brasileiro de Aeronáutica), havia divergência entre o STF e o STJ de um lado e o STM de outro no tocante à interpretação a ser dada ao art. 9º, parágrafo único, do CPM, trazida pela Lei nº 9.299/1996.

---

[78] A título de curiosidade, o Decreto nº 8.758/2016, diante de preocupações com a segurança durante os Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016, estabeleceu regras especiais em relação a aeronaves, dando um conceito bastante amplo para a sua definição: aviões de asas fixas ou rotativas; balões; dirigíveis; planadores; ultraleves; aeronaves experimentais; aeromodelos; aeronaves remotamente pilotadas – ARP; asas-deltas; parapentes e afins. Esse conceito amplo deve ser aplicado apenas para os fins específicos do referido decreto e durante o período dos jogos.

De fato, a explicitação introduzida pela Lei nº 9.299/1996, que deixou claro naquele primeiro momento, sem nenhuma exceção, que os crimes de que trata o art. 9º, do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, eram da competência da justiça comum (Tribunal do Júri), se deu em razão de clamor popular diante de homicídios praticados por militares contra civis durante a década de 90 nos casos "Favela Naval", "Eldorado dos Carajás", "Candelária" e "Vigário Geral" e a partir de CPI que investigava o extermínio de crianças e adolescentes.

Contudo, em decisão proferida pelo pleno do STM no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 144-54.2014.7.01.0101/RJ (j. 2016) e que reafirmou o entendimento pacificado do Tribunal Militar (cf. RC nº 6.348, j. 1996; RSE nº 249-56.2010.7.05.005, j. 2011), contrariando as decisões pacificadas no STF e no STJ, estabeleceu-se que a ressalva da competência do júri se a vítima for civil deveria se aplicar apenas para a Justiça Militar Estadual nos crimes praticados por militares estaduais. Assim, o art. 9º, parágrafo único, do CPM, na redação dada pela Lei nº 9.299/1996, seria inconstitucional.

Isso porque, conforme afirmado, a EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) fez essa ressalva expressa apenas no art. 125, § 4º, da CF/1988, qual seja, em relação aos militares estaduais, não se aplicando, assim, à Justiça Militar da União, mesmo na hipótese de crime doloso contra a vida e vítima civil.

Não nos parecia ser a melhor orientação, contrariando, inclusive, o entendimento do STF e do STJ, conforme afirmado.[79]

Atualmente, conforme visto, nos termos, da Lei nº 12.432/2011 e agora, ampliado, pela Lei nº 13.491/2017, as hipóteses de afastamento da regra do júri encontram fundamento legal e não apenas nos termos da interpretação dada à Reforma do Judiciário.

Resta aguardar como a atual composição da Corte Suprema irá analisar esses argumentos sustentados pela Justiça Castrense da União (em relação à EC nº 45/2004) ou se, de fato, admitirá o art. 124, da CF/1988 como um verdadeiro "cheque em branco" para o legislador estabelecer a competência da Justiça Militar da União, trazendo, inclusive, ampliação significativa da competência, mesmo em detrimento da regra constitucional do júri (matéria pendente).

---

[79] Sustentando a constitucionalidade do art. 9º, parágrafo único, do CPM: a) STF – RE 260.404, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2001, Plenário, DJ de 2003; b) STJ – CC 131.899/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 2014. Nessa linha, cf. CC 113.020/RS; HC 102.227/ES; CC 35.294/SP; CC 41.057/SP. Na doutrina, cf. LIMA, Renato Brasileiro de: *Manual de processo penal.*

11.8.6.2.7 A Lei nº 9.099/1995 (Que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências) se aplica no âmbito da Justiça Militar?

De acordo com o art. 90-A, da Lei nº 9.099/1995, incluído pela Lei nº 9.839/1999, as disposições contidas na Lei dos Juizados Especiais não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Esse entendimento foi confirmado pelo STF no julgamento do HC 99.743 (j. 2011), no qual se discutia a aplicação do art. 88, II, "a", do Código Penal Militar, que exclui a suspensão condicional da pena em relação a diversos crimes, como, no caso em análise, o crime de deserção, bem como a impossibilidade de serem aplicadas regras mais benéficas, da Lei dos Juizados Especiais, como a do "sursis processual" (art. 89, da Lei nº 9.099/1995).

Apesar da fixação desse entendimento no sentido da constitucionalidade de referida exclusão em relação aos militares, restou em aberto se ela se aplica também quando o réu for um civil.

Assim, essa discussão se resume à Justiça Militar da União, já que, conforme visto, a Justiça Militar Estadual não julga civis.

Em nosso entender, o art. 90-A, da Lei nº 9.099/1995 não se aplica na hipótese de crime militar cometido, em tempo de paz, por civil. Ou seja, a regra de afastamento, da Lei dos Juizados Especiais só se aplica se o crime for praticado por militar.

Isso porque os civis, entendemos, apesar de poderem ser julgados pela Justiça Militar da União, não estão sujeitos aos valores da hierarquia e disciplina (art. 142, da CF/1988) e, pois, devem ter direito às normas penais mais benéficas previstas na Lei nº 9.099/1995.

CUIDADO: o tema ainda não foi analisado pelo STF, que, no HC 99.743 citado, estabeleceu, sem qualquer dúvida, a constitucionalidade do art. 90-A, da Lei nº 9.099/1995, e, assim, a não aplicação das disposições contidas na Lei dos Juizados no âmbito da Justiça Militar quando o crime for praticado por militar (a situação concreta dos autos). Os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto e Celso de Mello declararam, em *obiter dictum*, que, se o réu fosse civil, a regra restritiva não deveria ser aplicada (matéria pendente).

11.8.6.2.8 A Justiça Militar da União e a Reforma do Judiciário

Em relação à primeira etapa da Reforma do Judiciário, aprovada como EC nº 45/2004, cabe observar que nada foi modificado no tocante à estrutura da Justiça Militar da União.

A PEC nº 29-A (358/2005-CD), contudo, que voltou para a CD e ainda precisa ser apreciada ("PEC Paralela do Judiciário"), nos mesmos termos, da EC nº 45/2004 (art. 125, § 5º, da CF/1988 – julgamento de ações judiciais contra atos disciplinares dos militares

estaduais), também, se aprovada, ampliará a competência da Justiça Militar da União para o julgamento de matéria de natureza disciplinar.

Dessa forma, se em provas de concurso perguntarem se a Justiça Militar da União julga matéria não militar (civil ou disciplinar), até o presente momento, a resposta deverá ser negativa, já que, enfatize-se, a competência para o julgamento de matéria civil, nas hipóteses elencadas, está restrita à Justiça Militar Estadual e à do Distrito Federal, por força da novidade trazida pela Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004). No caso dos Militares das Forças Armadas, em se tratando de matéria não militar, a competência continua sendo da Justiça Federal.

11.8.6.3 Justiça Militar dos Estados

11.8.6.3.1 Atribuições

Compete à Justiça Militar dos Estados, que poderá ser criada por Lei Estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei,[80] e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (art. 125, § 4º, da CF/1988).

Diante dessa regra, percebe-se que a Justiça Militar Estadual não julga civil, já que lhe compete "processar e julgar os militares...".

Daí, se um civil praticar o crime de furto em um quartel da Polícia Militar do Estado, ele será processado e julgado pela Justiça comum e com fundamento no CP e no CPP.

E, então, qual foi a grande novidade trazida pela EC nº 45/2004?

Conforme vimos, pela primeira vez, a Justiça Militar dos Estados passa a poder julgar ato disciplinar, matéria essa anteriormente afeta às Varas da Fazenda Pública.

Como assinalou Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, "a definição de ato disciplinar ensejará várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, mas a princípio poderá ser entendido como sendo o ato administrativo por meio do qual a Administração Pública Militar impõe uma sanção ao militar infrator, que foi acusado da prática de uma transgressão disciplinar, contravenção disciplinar, de natureza leve, média, ou grave, prevista no Regulamento Disciplinar, ou no Código de Ética e Disciplina".[81]

E se o crime praticado for de competência do júri?

---

[80] Conforme já estudamos no item 11.8.6.2.6, a Lei nº 13.491/2017 ampliou de maneira bastante considerável a competência da Justiça Militar, havendo prescrição de crimes não apenas no Código Penal Militar, como, também, nas circunstâncias ali estabelecidas (art. 9º, II, "a"ao"e", do CPM), na legislação penal.

[81] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*

Se a vítima for civil, a competência será do júri popular. No entanto, se a vítima for militar, o crime doloso contra a vida, praticado por outro militar estadual, continua sendo da Justiça Militar.

11.8.6.3.2 Composição e competência

Em relação à composição da Justiça Militar Estadual, a EC nº 45/2004 estabeleceu no art. 125, § 3º, da CF/1988, que a Lei Estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça (TJ), ou por Tribunal de Justiça Militar (TJM) nos Estados em que o efetivo militar seja superior a 20 mil integrantes (como em São Paulo, Minas e Rio Grande do Sul).

Do acórdão da decisão do TJM ou TJ caberá recurso para o STJ ou STF, ou para ambos, a depender da matéria. Deve-se deixar bem claro, então, que o STM (Superior Tribunal Militar) não aprecia matéria proveniente da Justiça Militar Estadual, restringindo-se à Justiça Militar Federal.

Percebe-se, assim, que, muito embora mantido o escabinato (colegiado formado por juízes togados e leigos com valor de voto igual para todos), materializando verdadeiro juízo hierárquico, há a possibilidade de julgamento monocrático na Justiça Militar Estadual.

O art. 125, § 5º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 45/2004, dispõe que compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Ao Conselho de Justiça Permanente compete processar e julgar as Praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) e Praças Especiais (Aspirante a Oficial e Aluno Oficial) da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar nos crimes militares definidos em lei, enquanto ao Conselho de Justiça Especial, os Oficiais (tenentes, capitães, majores, tenentes-coronéis e coronéis) da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar nos delitos previstos na legislação penal militar.

Roberto Botelho observa que mesmo antes da Reforma, que fixou a presidência dos Conselhos para o juiz de direito, "... desde aquela época, todas as coletas de oitivas das partes já eram materializadas pelo juiz de direito togado...".[82]

Assim, o juiz de direito do juízo militar estadual julgará, singularmente, todo crime militar cometido (pelo militar) contra civil, exceto o crime doloso contra a vida, já que, nos termos do art. 125, § 4º, da CF/1988, fica ressalvada a competência do júri quando a vítima

---

[82] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

for civil, e, como novidade e já estudado, julgará, também, os atos disciplinares praticados pelos militares.

Nesses casos de crimes militares cometidos contra civil (com a ressalva dos crimes dolosos contra vida), "os militares integrantes dos Conselhos, Especial ou Permanente, não poderão participar dos atos instrutórios. A matéria será analisada exclusivamente pelo Juiz, independentemente do grau hierárquico do militar acusado, praça ou oficial. A competência em atendimento a norma constitucional não mais se estabelece pelo posto ou graduação do agente, mas em razão da vítima ser um civil e suportar uma infração penal em tese praticada por um militar".[83]

Os demais crimes militares definidos em Lei serão julgados pelo Conselho de Justiça, que, formado pelo juiz togado e por 4 juízes militares, oficiais, sorteados e temporários para o exercício da função específica, será por aquele (juiz de direito) presidido.

Finalmente, como já referido, na Justiça Militar Estadual, o órgão recursal é o TJ ou TJM (onde houver), com atribuições também originárias, nos termos, da Lei.

Destacamos a previsão contida no art. 125, § 4º, da CF/1988, que estabelece ser atribuição do tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, remetendo para a discussão no item seguinte.

Por todo o exposto, podemos resumir:

• a Justiça Militar Estadual não julga civil, em nenhuma hipótese;

• crime militar definido em Lei praticado por militar estadual contra militar – julgamento pela Justiça

Militar – Conselho de Justiça Especial ou Permanente, sob a presidência do juiz de direito;

• crime militar definido em Lei praticado por militar estadual contra civil – Justiça Militar (juiz de direito, e não o Conselho – vide art. 125, § 5º, da CF/1988), ressalvada a competência do júri popular (se a vítima for civil);

• crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar – a competência para processar e julgar é do Conselho de Justiça, presidido pelo juiz de direito da Justiça Militar Estadual;

• o órgão recursal que aprecia a decisão da primeira instância (Auditorias Militares Estaduais), além de possuir competência originária, é o TJ ou o TJM (onde houver), e não o STM.

11.8.6.3.3 Aplicação da pena de perda do posto e da patente (oficiais) e da graduação (praças): atribuição exclusiva do

[83] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues: R*eforma do poder judiciário e justiça militar*.

Tribunal competente ou possibilidade de ser imposta como pena acessória?

O art. 102 do Código Penal Militar (CPM) estatui que a condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a 2 anos, importa sua exclusão das Forças Armadas.

A grande questão que precisamos enfrentar é saber se a perda do posto (Oficiais) e da graduação (Praças) dos militares estaduais depende ou não de procedimento específico perante o Tribunal competente, ou se pode ser aplicada como pena acessória nos termos do art. 102 do CPM.

Inicialmente, devemos confrontar o dispositivo indicado com o art. 125, § 4º, da CF/1988, e o art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988. Vejamos:

Art. 102 do CPM	**Art. 125, § 4º, da CF/1988**	**Art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988**
• "a condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a 2 anos, importa sua exclusão das Forças Armadas"	• "compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em Lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças"	• "o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra" • "o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior"

A regra do art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988, exige procedimento especial e autônomo por Tribunal Militar competente para o reconhecimento da perda do posto e da patente do Oficial que for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível.

Ao que se observa, a regra se aplica apenas aos oficiais, na medida em que as praças têm graduação, e não posto.

Essa regra se aplica apenas aos Oficiais das Forças Armadas ou deve ser estendida também para os oficiais militares estaduais?

O art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988, traz regras sobre as Forças Armadas, mas, por força do art. 42, da CF/1988, também se aplica aos militares estaduais.

Portanto, a regra de necessidade de decisão de Tribunal Militar competente em processo específico deve ser estendida também aos oficiais militares estaduais.

E como fica a situação das praças estaduais?

Como o texto do art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988, direciona-se apenas aos oficiais, tendo em vista que esse dispositivo é aplicado aos oficiais militares estaduais, por força do art. 42, da CF/1988, para as praças estaduais valeria a regra do art. 102 do CPM, e, assim,

a exigência de procedimento específico para declaração da perda de cargo por Tribunal Militar não teria de ser observada.

Esse entendimento foi confirmado pelo STF no julgamento do RE 447.859 (j. 2015), por "placar" bastante apertado (6 x 5).

Em sentido contrário, contudo, os Ministros vencidos sustentavam que "a perda de graduação das praças das polícias militares deve ser declarada pelo tribunal competente – ou o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar onde houver – mediante procedimento específico" (Notícias STF, 2009).

Concordamos com esse entendimento, vencido, que não prevaleceu no STF, especialmente diante da regra explícita do art. 125, § 4º, da CF/1988, que estabelece ser competência do tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Em nosso entender, essa regra específica (que iguala oficiais e praças no âmbito estadual) afastaria a regra geral do art. 142, § 3º, da CF/1988, (que trata apenas de oficiais para o caso das Forças Armadas).

Resumindo:

• Oficiais das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica): o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar, exigindo-se procedimento específico, não podendo ser aplicada a perda como pena acessória;

• Praças das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica): como a indicação de procedimento específico só se direciona aos oficiais (art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988), essa exigência da necessidade de decisão por tribunal militar não se aplica às praças das Forças Armadas;

• Militares Estaduais (PM e Corpo de Bombeiros), oficiais ou praças: em nosso entender, aplica-se, para ambos, o art. 125, § 4º, da CF/1988, que exige um procedimento específico, perante Tribunal Militar competente, devendo ser afastado o art. 102 do CPM (nesse sentido, existem precedentes do STF).[84] CONTUDO, conforme informado, esse entendimento não prevaleceu no julgamento do RE 447.859, tendo o STF firmado a interpretação no sentido de

[84] "EMENTA: Praças da Polícia Militar estadual: perda de graduação: exigência de processo específico pelo art. 125, § 4º, parte final, da CF/1988, não revogado pela EC nº 18/1998: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar. O art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/1988, de eficácia plena e imediata, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à decisão do Tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. A EC nº 18/1998, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (art. 142, VII, da CF/1988), não revogou o art. 125, § 4º, da CF/1988, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças" (RE 358.961, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2004, Plenário, DJ de 2004). Nesse mesmo sentido, cf. RE 121.533, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1990, Plenário, DJ de 1990. CUIDADO: entendimento superado no RE 447.859 (j. 2015).

se exigir o processo específico apenas para os oficiais militares estaduais. Assim, às praças se aplica o art. 102 do CPM.[85]

11.8.6.3.4 Hierarquia militar estadual (postos e graduações da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar)

Conforme visto, a hierarquia e a disciplina também são a base institucional dos Militares Estaduais (PM e Corpo de Bombeiros), sendo que a autoridade e a responsabilidade também aqui estão relacionadas com o grau hierárquico.

A ordenação se faz por postos (oficiais) ou graduações (praças) e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela antiguidade (no posto ou na graduação).

Os graus hierárquicos seguem, com algumas particularidades, os do Exército. Não se fala em oficiais generais, não existindo, assim, no âmbito dos militares estaduais, General e Marechal. Abaixo reproduzimos quadro para conhecimento:[86]

	POLÍCIA MILITAR	**CORPO DE BOMBEIROS MILITAR**
OFICIAIS SUPERIORES	• Coronel PM • Tenente-coronel PM	• Coronel BM • Tenente-coronel BM
OFICIAIS INTERMEDIÁRIOS	• Major PM • Capitão PM	• Major BM • Capitão BM
OFICIAIS SUBALTERNOS	• 1º Tenente PM • 2º Tenente PM	• 1º Tenente BM • 2º Tenente BM
PRAÇAS ESPECIAIS	• Aspirante a Oficial PM • Aluno Oficial PM	• Aspirante a Oficial BM • Aluno Oficial BM
GRADUADOS (PRAÇAS)	• Subtenente PM • 1º Sargento PM • 2º Sargento PM • 3º Sargento PM • Cabo PM • Soldado PM	• Subtenente BM • 1º Sargento BM • 2º Sargento BM • 3º Sargento BM • Cabo BM • Soldado BM

11.8.6.3.5 Ministério Público Estadual e Defensoria Pública Estadual (Justiça Militar Estadual)[87]

[85] Conforme alertamos, esse novo entendimento, firmado pelo STF no julgamento do RE 447.859, se deu por votação bastante apertada (6 x 5). O Min. Fux não votou, nem mesmo o Min. Fachin. Assim, temos que acompanhar eventual alteração futura do entendimento que, em nosso entender, seria uma melhor interpretação (pendente de manifestação de novos Ministros).

[86] Alertamos que pode haver alguma particularidade em cada Estado, por exemplo, a existência de Soldado de 1ª Classe e de 2ª Classe, pedindo, assim, que o nosso ilustre leitor confira de acordo com a necessidade de preparação para eventual concurso específico.

[87] O Aluno Oficial (em algumas escolas militares chamado de Cadete), quando se forma, é promovido, por mérito intelectual, a Aspirante a Oficial. Ao final do estágio probatório, o Aspirante a Oficial é promovido, por merecimento intelectual, a 2º Tenente. Para se ter um exemplo, podemos citar, no Estado de São Paulo, o concorrido concurso público de provas e títulos (atualmente VUNESP) para o Bacharelado em Ciências Policiais

Vale observar que tanto o Ministério Público Estadual como a Defensoria Pública Estadual mantêm representantes junto à Justiça Militar Estadual.

CUIDADO: em relação ao Ministério Público, contudo, apesar de no âmbito federal existir uma carreira própria para atuação perante a Justiça Militar da União – o MPM (art. 128, I, "c", da CF/1988) –, no âmbito estadual, seja em primeiro grau (Auditorias Militares, que correspondem às Varas na Justiça Comum), seja até mesmo no TJ ou TJM onde houver (SP, MG e RS – art. 125, § 3º, da CF/1988), a atuação dar-se-á por um membro do MP Estadual, não havendo uma carreira própria e específica de Ministério Público Militar Estadual. Trata-se de Promotoria de Justiça especializada com atuação perante a Auditoria Militar e o TJ ou TJM onde houver (SP, MG e RS).

11.8.6.4 Justiça Militar do Distrito Federal

Na mesma linha das regras para os Estados-Membros, o art. 36, da Lei nº 11.697/2008 estabelece que a Justiça Militar do Distrito Federal será exercida pelo TJ em segundo grau e, em primeiro grau, pelo Juiz de Direito do Juízo Militar e pelos Conselhos de Justiça (Conselho Permanente de Justiça, para processar e julgar as Praças e Praças Especiais, e Conselho Especial de Justiça, para processar e julgar os Oficiais), tendo por competência o processo e o julgamento dos crimes militares, definidos em lei, praticados por Oficiais, Praças e Praças Especiais da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Em nosso entender, embora a EC nº 45/2004 tenha se referido (em relação às novidades) somente à Justiça Militar Estadual, as regras apresentadas também valerão para a Justiça Militar do DF, apesar de organizada e mantida pela União.

11.8.7 Tribunais e Juízes dos Estados

Residualmente, compete à Justiça Estadual tudo o que não for de competência das Justiças especiais ou especializadas, nem da Justiça Federal.

CUIDADO: um alerta deve ser feito em relação à Justiça Federal. Conforme já dissemos, de acordo com o art. 109, § 3º, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 103/2019 (Reforma da Previdência), Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na Justiça Estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

---

de Segurança e Ordem Pública – BCPSOP, na Academia de Polícia Militar do Barro Branco – APMBB, estabelecimento de ensino superior, de regime especial, da PMSP, com duração de 4 anos.

O art. 15, da Lei nº 5.010/1966 (na redação dada pela Lei nº 13.876/2019 – com vigência a partir de 2020), regulamentando a matéria, estabelece que o julgamento pela Justiça Estadual será realizado nas causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, e a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km de Município sede de Vara Federal.

Nessa hipótese do art. 109, § 3º, da CF/1988, o recurso cabível contra a decisão do juízo estadual será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Ainda sobre a competência da Justiça Estadual, devemos destacar a SV 27/2009 (DJE de 2009): "compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente", não se caracterizando, portanto, a regra contida no art. 109, I, da CF/1988.

Organiza-se em dois graus de jurisdição ("instâncias"), sendo o primeiro, em regra, monocrático, ou seja, o julgamento é realizado por um só juiz (exceções: a) Juntas Eleitorais, b) Tribunal do Júri, c) Conselhos de Justiça Militares, d) processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas – Lei nº 12.694/2012 e o avanço trazido pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019 etc.),[88] e o segundo, normalmente, por órgãos colegiados (veja, contudo, a regra do art. 34, da Lei nº 6.830/1980, admitindo, além de embargos de declaração, os "embargos infringentes" em face das decisões proferidas nas execuções fiscais de até 50 ORTN, para o mesmo juízo singular prolator da decisão. Lembrar a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário contra a aludida decisão que julga os embargos infringentes, desde que esgotada a instância ordinária, nos termos da S. 640/STF e *leading case* no RE 136.154-9).

Em relação à regra do julgamento monocrático em primeira instância, gostaríamos de trazer mais uma interessante exceção.

Trata-se, da Lei nº 6.806/2007-AL, que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, com competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados pelo crime organizado naquele Estado, com titularidade coletiva, sendo composta por 5 Juízes de Direito.

O STF, ao apreciar a matéria, em primeiro lugar, estabeleceu que "os delitos cometidos por organizações criminosas podem submeter-se ao juízo especializado criado por Lei Estadual, porquanto o tema é de organização judiciária, prevista em Lei editada no âmbito da competência dos Estados-membros (art. 125 da CF/1988)". Precedente: ADI 1.218, j. 2002, Plenário.

---

[88] Até o advento, da EC nº 24/1999, as Juntas de Conciliação e Julgamento também podiam ser citadas nesse rol. A partir da reforma, contudo, tendo sido extinta a representação classista, a jurisdição trabalhista, em primeira instância, é exercida por um juízo monocrático, qual seja, pelo Juiz do Trabalho.

Em seguida, a Corte explicitou a constitucionalidade da previsão do julgamento colegiado. "Articulou-se possível que Lei Estadual instituísse órgão jurisdicional colegiado em 1º grau. Rememoraram-se exemplos equivalentes, como Tribunal do Júri, Junta Eleitoral e Turma Recursal. Analisou-se que a composição de órgão jurisdicional inserir-se-ia na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CF/1988). Assim, quando a norma criasse órgão jurisdicional colegiado, isso significaria que determinados atos processuais seriam praticados mediante a chancela de mais de um magistrado, questão meramente procedimental" (Inf. 668/STF, ADI 4.414, j. 2012).

Cabe anotar que o STF nulificou diversos outros dispositivos previstos na referida legislação estadual, tendo sido, em seguida, publicada a Lei nº 7.677/2015-AL para se adequar ao entendimento da Corte (destacamos, também, em momento anterior a essa segunda Lei Estadual e posterior à decisão judicial, o advento, da Lei nº 12.694/2012, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas).

De acordo com o art. 1º, da Lei nº 12.694/2012, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.

O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição, sendo que a competência do colegiado limitar-se-á ao ato para o qual foi convocado.

E qual foi a novidade introduzida pelo Pacote Anticrime em relação à referida lei?

A Lei nº 13.964/2019 introduziu o art. 1º-A à Lei nº 12.694/2012, prescrevendo que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento:

• de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição;

• do crime do art. 288-A do Código Penal; e

• das infrações penais conexas aos crimes a que se referem art. 1º-A, caput, I e II, da Lei nº 12.694/2012.

A diferença é que agora poderemos ter Varas Criminais Colegiadas permanentes e não para a prática de um determinado ato processual apenas. Tanto é que o art. 1º-A, § 2º, da Lei nº 12.694/2012, introduzido, estabelece que, ao receber, segundo as regras normais de

distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no art. 1º-A, caput, da Lei nº 12.694/2012, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária.

Dessa forma, havendo a Vara Criminal Colegiada criada, não será aplicado o art. 1º, da Lei nº 12.694/2012, devendo os crimes ali indicados ser julgados pelo colegiado permanente de 1ª instância. Não tendo sido criada a Vara Colegiada, o juiz, para os atos específicos e na forma do art. 1º, da Lei nº 12.694/2012, continuará podendo decidir pela formação do colegiado.

Outro ponto importante em relação à jurisdição estadual é a expressa possibilidade de Lei Estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, criar a Justiça Militar Estadual (art. 125, § 3º, § 4º e § 5º, da CF/1988), já analisada nos termos, da EC nº 45/2004.

Por fim, em busca da efetividade do processo e da adequada prestação jurisdicional, a Reforma do Judiciário introduziu duas importantes regras (art. 125, § 6º e § 7º, da CF/1988):

• a possibilidade de o TJ funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo;

• o dever de instalar a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

11.8.8 Varas Agrárias e os conflitos fundiários

No tocante à solução de conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça Estadual proporá a criação de Varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias (art. 126, caput, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 45/2004), sendo que, sempre que necessário, far-se-ão presentes no local do litígio. No entanto, havendo fatos que atentem contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, a competência será da Justiça Federal (art. 109, I, c/c o art. 144, § 1º, I, da CF/1988).[89]

[89] Nesse sentido, em relação à Justiça Estadual, destacamos: "EMENTA: Conflito de competência. Invasão de terras. Fato não atentatório à ordem política e social. Competência da Justiça Estadual. Constituição art. 126, da CF/1988. Inocorrendo atentado à ordem política e social, mas apenas conflito fundiário, embora grave, declara-se a competência da Justiça Estadual" (STJ, 3ª S., CComp 1.111/RS, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJ de 1990).

Em relação aos conflitos fundiários, cumpre ressaltar a existência de Varas especializadas também em âmbito federal, embora ainda não implementadas na maioria dos Estados da Federação.

Dessa maneira, por exemplo, havendo interesse da União, ou, ainda, do INCRA (autarquia federal), a competência será da Justiça Federal.

Procurando a fixação de limites para a identificação das matérias de competência das Varas Agrárias Estaduais, levando em conta interessante compilação de entendimentos doutrinário e jurisprudencial, Eneas de Oliveira Matos fixou como de competência de Vara Especializada Estadual as questões agrárias decorrentes e referentes:

• "do domínio, da posse da terra e de direitos de vizinhança em terras rurais; assim, por exemplo, as ações possessórias, reivindicatórias, usucapião, demarcatórias e divisórias;

• à disputa do solo, seus acessórios naturais e benfeitorias; assim, também, as relativas aos direitos reais sobre propriedades rurais, considerada a especificidade da propriedade imobiliária rural;

• do registro público dos imóveis rurais;

• à prática da atividade agrária, assim consideradas as atividades agrárias de produção, as rurais típicas, como de lavoura, pecuária, hortigranjearia, extrativismo animal e vegetal, exploração florestal, exploração florestal atípica, como a agroindústria, atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis, atividades agrárias de pesquisa e experimentação, e atividades complementares da atividade agrária; excluindo-se as atividades relacionadas com energia hidráulica, exploração de minérios e recursos marítimos;

• dos negócios com os bens agrários e assim dos contratos agrários, incluindo-se as causas referentes ao crédito e fomento da atividade agrária, e as da produção e comercialização de produtos;

• para ações de reparação de dano com origem na atividade agrária".

E concluiu: "estão excluídos, como se pode notar, evidentemente, das Varas Agrárias Estaduais os casos em que há competência em razão da pessoa e em razão da matéria para a Justiça Federal, e também as causas trabalhistas (de competência da Justiça do Trabalho), previdenciárias e tributárias (da Justiça Federal), causas referentes a crimes e contravenções penais (às varas criminais e juizados especiais criminais, destinando-se as Varas Agrárias Estaduais mais para o problema fundiário e de desenvolvimento da atividade agrária) ou, ainda, nas comarcas que, tendo em vista o volume de demandas agrárias, não se justifique a criação de Vara Agrária Estadual, pelo que, nesse caso, deverão ser julgadas perante Vara Cível".[90]

---

[90] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

Cabe lembrar que a Portaria nº 491/2009–CNJ, após a Recomendação nº 22/2009, instituiu, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos.

Em 2009, ocorreu o Seminário de Instalação do Fórum Nacional Fundiário, tendo sido elaboradas propostas de aprimoramento da gestão fundiária no Brasil, destacando-se:

- criação de Varas Agrárias;
- mediação e conciliação dos conflitos agrários;
- combate ao trabalho análogo ao trabalho escravo;
- capacitação de magistrados.

Sem dúvida, a especialização na matéria caracterizará importante ferramenta para a efetividade e, por conseguinte, para o cumprimento de objetivos da Reforma do Judiciário.

Segundo Gilmar Mendes, na cerimônia de instalação do Fórum: "uma judicialização efetiva, uma resposta no tempo socialmente certo e politicamente adequado "minimiza, reduz e previne outros conflitos"" (Notícias STF, 2009).

11.8.9 Justiça Estadual é competente para julgar crimes comuns entre silvícolas

Por 6 x 3, o STF entendeu, no julgamento do RE 419.528, que "crimes comuns cometidos entre índios serão julgados pela Justiça comum".

Buscava-se apurar a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e/ou tentativa de homicídio, atribuídos a 3 índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena.

Conforme o voto do Ministro Cezar Peluso, acompanhando os fundamentos do voto do Ministro Maurício Corrêa, no tocante ao alcance do art. 109, XI, da CF/1988, no julgamento do HC 81.827/MT (DJU de 2002), a competência será da Justiça Federal quando forem veiculadas "... questões ligadas aos elementos da cultura indígena e aos direitos sobre terras, não abarcando delitos isolados praticados sem nenhum envolvimento com a comunidade indígena [...]. Para o Min. Cezar Peluso, a expressão "disputa sobre direitos indígenas", contida no art. 109, XI, da CF/1988, significa: a existência de um conflito que, por definição, é intersubjetivo; que o objeto desse conflito sejam direitos indígenas; e que essa disputa envolva a demanda sobre a titularidade desses direitos. Asseverou, também, estar de acordo com a observação de que o art. 231, da CF/1988 se direciona mais para tutela de bens de caráter civil que de bens objeto de valoração estritamente penal". Assim, "o delito comum cometido por índio contra outro índio ou contra um terceiro que não envolva nada que diga

singularmente respeito a sua condição de indígena, não guarda essa especificidade que reclama da Constituição a tutela peculiar prevista no art. 231, da CF/1988, nem a competência do art. 109, XI, da CF/1988". Nessas hipóteses, a competência será da Justiça Estadual (RE 419.528/PR, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 2006 – Inf. 434/STF).[91]

11.8.10 Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios

Como vimos, a Justiça do Distrito Federal e Territórios, formada pelos Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios, será organizada e mantida pela União (art. 21, XIII, art. 22, XVII, e art. 33, § 3º, da CF/1988), que também criará os Juizados Especiais e a Justiça de Paz (art. 98, I e II, da CF/1988).

Trata-se, portanto, de leis federais, alertando-se, contudo, que a iniciativa para o encaminhamento dos projetos de Lei será exclusiva do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, nos termos do art. 96, II, da CF/1988, destacando-se a Lei nº 11.697/2008 (dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios) e o projeto de Lei (federal, encaminhado pelo TJDFT), dispondo sobre o provimento de mandato eletivo de juiz de paz, já apreciado pelo CNJ no Parecer de Mérito sobre o Anteprojeto de Lei nº 0005505-50.2011.2.00.0000.

Ainda, consoante o parágrafo único do art. 110, da CF/1988, em relação aos Territórios, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais (Justiça Federal comum) caberão aos juízes da justiça local, na forma, da Lei.

Nesse sentido, em relação ao Distrito Federal, e isso pode ser um detalhe para fazer a diferença nos concursos, cada vez mais exigentes, como ensina José Afonso da Silva, "... o Poder Judiciário [...], em verdade, não é dele, pois, nos termos do art. 21, XIII, da CF/1988, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal; "do" no texto constitucional não indica uma relação de pertinência, mas de simples localização, significando aquele que atua no território da unidade federada. Se é à União que cabe

[91] Cf., nesse sentido: "O art. 109, IV, da CF/1988, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, não tem a extensão pretendida pelos impetrantes, até porque no cenário desta singular amplitude seria muito difícil excluir alguma infração penal que não fosse praticada em detrimento dos interesses diretos ou indiretos da União. O art. 109, XI, da CF/1988, confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231, da CF/1988, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena" (HC 75.404, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1997, DJ de 2001). No mesmo sentido: RHC 85.737, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, Inf. 452/STF. No julgamento do HC 91.121 (2007), o STF entendeu serem da competência da Justiça Federal "somente os processos que versarem sobre questões diretamente ligadas à cultura indígena, aos direitos sobre suas terras, ou, ainda, a interesses constitucionalmente atribuíveis à União Federal competiriam à Justiça Federal. Neste ponto, ordem indeferida por vislumbrar hipótese de incidência da jurisdição da Justiça Federal em face "da relação com a disputa de terras reivindicadas pela FUNAI e pela União como indígenas"".

organizar e manter, isso significa que o órgão é dela, embora destinado ao Distrito Federal. Nesse particular, a autonomia deste ficou razoavelmente diminuída... uma vez que o Poder Judiciário que nele atua continuará na mesma situação do regime constitucional anterior, tanto que está igualmente previsto que é da competência da União legislar sobre a organização Judiciária do Distrito Federal... (art. 22, XVII, da CF/1988)".[92]

Para reforçar a regra acima, citamos o art. 53, da Lei Orgânica do DF (Lei nº 11.697/2008), que estabelece serem Poderes do DF, independentes e harmônicos entre si, o Executivo e o Legislativo, não incluindo o Poder Judiciário, que, como vimos, é organizado e mantido pela União.

Nessa linha, destacamos, finalmente, o art. 98, I e II, da CF/1988, que atribuiu à União competência para a criação dos Juizados Especiais e da Justiça de Paz no Distrito Federal e Territórios.

11.9 Princípio do Juiz Natural e Convocação de Juízes de Primeiro Grau para Compor Órgão Julgador de Tribunal

Com certa frequência, especialmente depois de terem sido fixadas metas de julgamento em razão da Reforma do Judiciário, tem-se visto a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em Tribunal, medida essa veementemente questionada, por suposta afronta ao princípio do juiz natural.

Basicamente, alega-se violação à regra contida no art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988, assim como:

• art. 93, III, da CF/1988: "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância";

• art. 94, da CF/1988: regra do "quinto constitucional", já estudada e que define a forma de composição dos Tribunais, não havendo previsão de "mera convocação" para atuação em 2º grau de jurisdição;

• art. 98, I, da CF/1988: ao tratar dos juizados especiais, admite a composição das Turmas Recursais por juízes de 1º grau e, portanto, a atuação dos juízes de 1º grau seria constitucionalmente admitida apenas nos Juizados, não havendo previsão para os Tribunais.

A argumentação parece bastante razoável e consistente, mas o STF, diante da ideia de efetividade e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), nessa ponderação de valores, vem fazendo prestigiar a agilidade, até porque, segundo analisado, as convocações estão sendo feitas com base em lei.

---

[92] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

No caso concreto do Estado de São Paulo indicado abaixo, com o objetivo de julgar considerável acervo de processos acumulados, nos termos, da Lei, foram criadas câmaras extraordinárias, integradas por juízes de 1º grau e presididas por um desembargador.

Conforme apurado, "... o sistema de convocação de magistrados de primeiro grau na Justiça paulista seria uma resposta aos comandos emanados, da EC nº 45/2004, tendo sido implantado nos termos da LC nº 646/1990-SP, dela se distinguindo apenas no aspecto de que a convocação dos magistrados de primeiro grau se daria mediante publicação de edital na imprensa oficial. Acrescentou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo em nada teria inovado quanto a essa prática, tendo em vista que a Justiça Federal também dela faria uso, com base no art. 4º, da Lei nº9.788/1999 [...], sem que nenhum de seus julgamentos tivesse sido anulado. Observou-se que a integração dos juízes de primeiro grau nas câmaras extraordinárias paulistas se daria de forma aleatória, sendo os recursos distribuídos livremente entre eles, e que as convocações seriam feitas por ato oficial, prévio e público, não havendo se falar em nomeação *ad hoc*. Assim, tais magistrados não constituiriam juízes de exceção" (Inf. 581/STF – HC 96.821, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2010, Plenário, DJE de 2010. Em igual sentido, cf. RE 597.133/RS, j. 17.11.2010, Inf. 609/STF).

Destacou-se, ainda, a previsão do art. 96, I, "a", da CF/1988, que permite aos tribunais disporem sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, além da regra, em nosso entender sem o sentido que lhe foi dada, contida no art. 118, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (LC nº 35/1979).

Finalmente, em verdadeiro sopesamento entre, apenas para argumentar, afirmou o STF, o princípio do juiz natural e o da segurança jurídica, uma vez que existem milhares de decisões já proferidas por juízes convocados em 2º grau, a Suprema Corte fez prevalecer a segurança jurídica.

Com o máximo respeito, não concordamos com essa interpretação, parecendo bem coerente o voto vencido do Min. Marco Aurélio, que demonstra o sentido totalmente diverso da previsão de substituição contida no art. 118 da LOMAN.

11.10 Magistratura – Teto de Subsídio X Teto de Remuneração – Poder Judiciário – Caráter Nacional e Unitário

A Lei nº 13.752/2018, fixou o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal, e, portanto, o teto do funcionalismo (cf. item 9.13.3.6), no valor de R$ 39.293,32.

O Presidente do STF, nos termos da Res. nº 628/2018, considerando o escalonamento entre os diversos níveis da Magistratura da União previsto no art. 93, V, da CF/1988 e no art. 1º, § 2º, da Lei nº 10.474/2002, assim como o prescrito na Portaria Conjunta nº 2/2018,

tornou público o subsídio mensal dos Magistrados da União com efeitos financeiros a partir de 2019:

MEMBROS DA MAGISTRATURA	SUBSÍDIO
• Ministro do STF (teto do funcionalismo)	R$ 39.293,32
• Ministro de Tribunal Superior	(–5%) R$ 37.328,65
• Juiz de Tribunal Regional e Desembargador do TJDFT (lembrando que compete à União organizar e manter o Poder Judiciário do DF e dos Territórios)	(–5%) R$ 35.462,22
• Juiz Federal, Juiz de Vara Trabalhista, Juiz Federal da Justiça Militar e Juiz de Direito	(–5%) R$ 33.689,11
• Juiz Substituto	(–5%) R$ 32.004,65

Esse escalonamento também vem sendo estabelecido, por ordem constitucional, em âmbito estadual, entre uma entrância e outra, de acordo com os níveis locais de organização da magistratura e a partir do teto fixado no art. 37, XI, da CF/1988, qual seja, o subsídio dos Desembargadores do TJ, que deve corresponder a, no máximo, 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF (no caso, o valor de R$ 35.462,22, ou seja, 90,25% de R$ 39.293,32).

Estamos diante daquilo que o Ministro Sepúlveda Pertence denominou escalonamento vertical de subsídios de magistrado (ADI 2.087-MC), nos termos do art. 93, V, da CF/1988, que tem a seguinte redação, de acordo com a EC nº 19/1998:

"O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em Lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos art. 37, XI, e art. 39, § 4º, da CF/1988".

O CNJ, ao regulamentar a matéria, nos termos do art. 2º da Res. nº 13/2006 (regra mantida no art. 1º, parágrafo único, da Res. nº 14/2006), estabeleceu que, nos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, o teto remuneratório constitucional é o valor do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça, que não pode exceder a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou a ADI 3.854, discutindo as referidas regras fixadas pelo CNJ em relação à remuneração da magistratura estadual.

Em 2007, segundo o extrato da ata, o STF, por maioria, concedeu a liminar para, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 37, XI, e § 12, da CF/1988, o primeiro dispositivo na redação, da EC nº 41/2003, e o segundo introduzido pela EC nº 47/2005, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, bem como para suspender a eficácia do art. 2º da Res. nº 13/2006 e do art. 1º, parágrafo

único, da Res. nº 14/2006, ambas do CNJ, que fixam, conforme visto, como limite remuneratório dos magistrados e servidores dos Tribunais de Justiça, 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF.

De acordo com a decisão do STF, lembrando que foi em sede de liminar, muito embora tenha sido respeitado o teto de subsídio, este não se confunde com o teto de remuneração. Isso porque a Constituição não fixou subteto de subsídio para a magistratura federal, que poderá receber, como remuneração, até o teto do funcionalismo. Conforme vimos, o subteto de 90,25% foi fixado apenas para o âmbito estadual (art. 37, XI, da CF/1988).

O art. 93, V, da CF/1988, por seu turno, não distinguiu a magistratura em dois âmbitos. De acordo com a Constituição, o Poder Judiciário tem caráter nacional e unitário e por esse motivo é que o art. 93, V, da CF/1988, tratou de maneira isonômica a magistratura federal e a estadual, que desempenham funções iguais (jurisdicional) e se submetem a um só estatuto, também de âmbito nacional (art. 93, caput, e LC nº 35/1979).

Portanto, na medida em que o magistrado federal pode receber até o valor de 100% do subsídio do Ministro do STF (em razão de alguma vantagem funcional e por não haver teto de subsídio previsto no art. 37, XI, da CF/1988, que se refere apenas aos magistrados estaduais) e pelo fato de o magistrado estadual não poder ser tratado de modo diferente do federal (magistratura nacional), a remuneração do magistrado estadual poderá ser superior ao teto de subsídio (90,25%), mas sempre respeitando o limite do magistrado federal, que é 100% do subsídio do Ministro do STF, qual seja, o teto do funcionalismo (ADI 3.854-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, Plenário, DJ de 2007 – matéria pendente de julgamento).

Finalmente, em importante decisão, o STF estabeleceu que, nos casos de autorização constitucional expressa de acumulação de cargos, empregos e funções (e veja que o art. 95, parágrafo único, I, da CF/1988, admite a acumulação com o magistério para os magistrados), o teto constitucional de remuneração deverá ser considerado para cada cargo, isoladamente, e não a soma das remunerações (REs 602.043 e 612.975, j. 2017).

11.11 Da Justiça de Paz (Art. 98, II, da CF/1988)

11.11.1 Regras gerais

A "Justiça de Paz", prevista nos art. 161[93] e art. 162[94] da Constituição do Império de 1824 (juizado eletivo e de conciliação); art. 104, § 4º, da Constituição de 1934;[95] art. 124, X, da Constituição de 1946;[96] art. 136, § 1º, da Constituição de 1967;[97] art. 144, § 1º, da EC nº 1/1969;[98] está agora prevista no art. 98, II, da CF/1988, que determina seja criada, pela União, no DF e Territórios, e pelos Estados, fixando as seguintes características:

• remunerada: segundo decidiu o STF, "a remuneração dos juízes de paz somente pode ser fixada em Lei de iniciativa exclusiva do TJ do Estado. A regra constitucional insculpida no art. 98, II, da CF/1988, segundo a qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão a Justiça de Paz, remunerada, não prescinde (não dispensa, acrescente-se) do ditame relativo à competência exclusiva enunciada no mencionado art. 96, II, "b", da CF/1988. As disposições que atribuem remuneração aos juízes de paz, decorrentes de emenda parlamentar ao projeto original, de iniciativa do Tribunal de Justiça estadual, são incompatíveis com as regras dos art. 2º e art. 96, II, "b", da CF/1988, eis que eivadas de vício de inconstitucionalidade formal, além de violarem, pela imposição de aumento da despesa, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário" (ADI 1.051, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1995, Plenário, DJ de 1995. No mesmo sentido: RE 480.328, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2009, 1ª T., DJE de 2009 e ADI 954, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, Plenário, DJE de 2011);

• remuneração: valor fixo e predeterminado. Conforme estabeleceu o STF, "os juízes de paz, na qualidade de agentes públicos, ocupam cargo cuja remuneração deve ocorrer com base em valor fixo e predeterminado, e não por participação no que é recolhido aos cofres públicos. Além disso, os juízes de paz integram o Poder Judiciário e a eles se impõe a vedação prevista no art. 95, parágrafo único, II, da CF/1988, a qual proíbe a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo pelos membros do Judiciário" (ADI 954). Entendemos, nesse sentido, nos termos do art. 39, § 4º, da CF/1988, que o juiz de paz deve ser remunerado exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou

---

[93] Constituição de 1824: "Art. 161 Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum".

[94] Constituição de 1824: "Art. 162 Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distritos serão regulados por lei".

[95] Constituição de 1934: "Art. 104, § 4º Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça comum".

[96] Constituição de 1946: "Art. 124, X Poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei".

[97] Constituição de 1967: "Art. 136, § 1º A Lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:... c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em Lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis".

[98] EC nº 1/69: "Art. 144, § 1º A Lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:... c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamento".

outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI, da CF/1988;[99]

• composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, sendo que o art. 14, § 3º, VI, "c", da CF/1988, estabelece, como condição de elegibilidade, a idade mínima de 21 anos;

• juiz de paz exercerá mandato de 4 anos;

• terá competência para, na forma, da Lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

O art. 30, do ADCT estabelece que a legislação que criar a Justiça de Paz manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes, e designará o dia para a eleição prevista no art. 98, II, da CF/1988.

Assim, a melhor delimitação do papel da Justiça de Paz deverá vir por meio de lei, seja federal (criada pela União, para o âmbito do DF e Territórios, mediante projeto de Lei encaminhado pelo TJDF), seja estadual (disciplinando a Justiça de Paz no respectivo Estado, sendo, também, o projeto de Lei encaminhado pelo TJ local), que, como visto, nos termos do art. 98, II, da CF/1988, poderá ampliar as atribuições além daquelas fixadas na CF/1988.

Poucas são as leis estaduais (e no caso no âmbito do DF e Território, Lei Federal) que dispõem sobre as Justiças de Paz,[100] assim como a jurisprudência do STF sobre a matéria.

Destaca-se, contudo, a Lei nº 13.454/2000-MG, que dispôs sobre processo eleitoral, atribuições e competência de juiz de paz.

O Procurador-Geral da República propôs a ADI 2.938 contra diversos dispositivos, da Lei nº 13.454/2000-MG, interpretando o STF, assim, a amplitude deixada à Lei Estadual, o que, sem dúvida, poderá servir de precedente e parâmetro para as futuras leis estaduais sobre a matéria.

---

[99] Para se ter um exemplo, o anteprojeto de Lei que dispõe sobre o provimento de mandato eletivo de juiz de paz, no âmbito do DF e Territórios, em seu art. 17, estabelece que "o juiz de paz perceberá subsídio mensal, fixado em parcela única de R$ 6.192,03 (seis mil, cento e noventa e dois reais e três centavos), nos termos do art. 39, § 4º, da CF/1988". De maneira muito mais tímida, a Lei mineira nº 13.454/2000 fixa a remuneração mensal em subsídio nos valores de R$ 263,00 a R$ 800,00, de acordo com a lotação do juiz de paz: a) município-sede de comarca (variando da entrância inicial para a final); b) município que não seja sede de comarca; c) distrito judiciário.

[100] O Presidente do CNJ, no uso de suas atribuições, editou a Recomendação nº 16/2008 (DJE de 2008), recomendando aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios que, em observância ao art. 98, II, da CF/1988, no prazo de 1 ano a partir da publicação, regulamentem a função de juiz de paz, encaminhando proposta de Lei à Assembleia Legislativa (e, no caso do DF, ao CN, acrescente-se) que trate: "1. Das eleições para a função de juiz de paz, na capital e no interior; 2. Da remuneração para a função de juiz de paz, na capital e no interior; 3. Da atuação dos juízes de paz perante as Varas de Família; 4. Da atuação dos juízes de paz na atividade conciliatória". Até o fechamento desta edição, não se tem conhecimento de novas leis estaduais, além da de Minas Gerais. Diante desse cenário, em 2017, foi proposta pela PGR a ADO 40, objetivando a fixação de prazo razoável para os TJs deflagrarem o processo legislativo e os Parlamentos deliberarem e aprovarem as leis de criação da Justiça de Paz nos Estados e no DF (pendente).

Pedimos vênia para esquematizar as principais conclusões do STF sobre o tema:[101]

A eleição do juiz de paz foi incluída no "sistema eleitoral global", da CF/1988, tendo em vista a regra do art. 14, § 3º, V e VI, da CF/1988.

Exceto quanto ao vocábulo "subsidiária", o STF entendeu constitucionais os art. 2º e art. 3º, da Lei nº 13.454/2000-MG, que trazem interessante regulamentação da matéria: "Art. 2º As eleições para Juiz de Paz serão realizadas simultaneamente com as eleições municipais, na forma estabelecida por esta Lei e mediante a aplicação subsidiária do Código Eleitoral e da Legislação federal específica. Parágrafo único. O processo eleitoral de que trata este art. será presidido pelo Juiz Eleitoral competente". "Art. 3º O Juiz de Paz é eleito segundo o princípio majoritário, para mandato de quatro anos, pelo voto direto, universal e secreto do eleitorado do distrito ou do subdistrito judiciário respectivo, permitida a reeleição".

A filiação partidária é condição compatível com o exercício da Justiça de Paz

O STF considerou constitucional o art. 4º, da Lei nº 13.454/2000-MG: "Art. 4º Os candidatos a Juiz de Paz e seus suplentes serão escolhidos nas mesmas convenções partidárias que deliberarão sobre as candidaturas às eleições municipais, observadas as normas estabelecidas na legislação eleitoral e no estatuto dos respectivos partidos políticos".

Deve, assim, ser obedecido o art. 14, da CF/1988. Portanto, o Estado não pode legislar sobre qualquer outra condição de elegibilidade, haja vista tratar-se de matéria eleitoral e, portanto, de competência da União (art. 22, I, da CF/1988).

As atividades exercidas pelos Juízes de Paz não podem ter nenhum caráter jurisdicional:

a.1) Assim, entendeu (interpretando o art. 15, da Lei nº 13.454/2000-MG, à luz do art. 98, II, da CF/1988) como atribuições do juiz de paz:

• arrecadar bens de ausentes ou vagos, até que intervenha a autoridade competente;

• zelar pela observância das normas concernentes à defesa do meio ambiente, tomando as providências necessárias ao seu cumprimento, tendo em vista o disposto no art. 23, VI e art. 24, da CF/1988;

• funcionar como perito em processos, diante da previsão do art. 98, II, da CF/1988, que fixa a possibilidade de outorga de outras atribuições;

• nomear escrivão *ad hoc* em caso de arrecadação provisória de bens de ausentes ou vagos.

a.2) Em sentido contrário, entendeu não serem atribuições do juiz de paz:

• processar auto de corpo de delito e lavrar auto de prisão, por se tratar de matéria processual penal (art. 22, I, da CF/1988);

• prestar assistência ao empregado nas rescisões de contrato de trabalho, por se tratar de matéria trabalhista (art. 22, I, da CF/1988).

---

[101] Cf. Inf. 391/STF e Notícias STF, 2005. Para leitura do acórdão, cf. ADI 2.938, Rel. Min. Eros Grau, j. 2005, Plenário, DJ de 2005.

É de observar, finalmente, que o STF concluiu ser inconstitucional a previsão do art. 22, da Lei nº 13.454/2000-MG, que garante ao juiz de paz o direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento, por ser matéria processual penal de competência da União (art. 22, I, da CF/1988).

11.11.2 Os juízes de paz integram o Poder Judiciário?

Essa questão foi amplamente discutida no julgamento da ADI 954.[102]

Segundo decidiu a Corte, sem o comprometimento, nesse ponto, do Min. Ayres Britto, na linha do voto do Min. Celso de Mello, a Justiça de Paz se qualifica como verdadeira magistratura eletiva, com competência de caráter judiciário (como as atividades conciliatórias), sem, contudo, poder exercer atividades jurisdicionais (a vedação é explícita no art. 98, II, da CF/1988).

Assim, a Justiça de Paz não é apenas órgão do Poder Judiciário, como também integra a organização judiciária local (art. 98, II, c/c os art. 92, VII, e 125, § 1º, da CF/1988, e art. 112, c/c o art. 17, § 5º, da LC nº 35/1979 – LOMAN).

De acordo com as várias manifestações dos Ministros, invocando, inclusive, argumentos de autoridade como o magistério de Pontes de Miranda, os juízes de paz:

• são componentes de uma magistratura especial, eletiva e temporária;

• não são vitalícios, já que eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de 4 anos;

• são inamovíveis e gozam da irredutibilidade de subsídios;

• estão sujeitos às vedações do art. 95, parágrafo único, II, da CF/1988, destacando-se, no caso em análise (Lei nº 10.180/1990-MG), a vedação de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

• não podem ter mais de 70 anos, salvo nos termos de Lei Complementar a ser editada na forma do art. 40, § 1º, II, da CF/1988 (cf. item 11.4.2 e discussão sobre a EC nº 88/2015);

• as atividades por eles desenvolvidas qualificam-se como estatais;

• ocupam cargos vinculados ao mandato eletivo (a atividade não é de caráter privado), e, assim, a remuneração deve partir dos cofres públicos,[103] não se admitindo participação nas custas devidas pelos usuários do serviço (Min. Marco Aurélio).

---

[102] ADI 954, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, Plenário, DJE de 2011.

[103] Nesse sentido, o Min. Ayres Britto faz importante distinção entre os notários e os juízes de paz. Os notários são remunerados por emolumentos porque são delegatários de atividade pública exercida em caráter privado (cf. art. 236, da CF/1988). Por sua vez, os juízes de paz são agentes públicos e, assim, integrando a magistratura, estão proibidos de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos (voto na ADI 954).

11.12 Dos Precatórios

11.12.1 Regras gerais

Fazemos breve menção aos precatórios, que serão mais bem estudados em processo civil, direito administrativo e direito financeiro.

Lembramos que a matéria foi inicialmente regulamentada no art. 100, da CF/1988, sendo alterada pelas EC nº 20/1998 (modificação do art. 100, da CF/1988), EC nº 30/2000 (modificação do art. 100, da CF/1988 e acréscimo do art. 78 ao ADCT), EC nº 37/2002 (modificação do art. 100, da CF/1988 e acréscimo dos art. 86 e art. 87 ao ADCT), de maneira bastante complexa e tormentosa pela EC nº 62/2009 (modificação do art. 100, da CF/1988 e acréscimo do art. 97 ao ADCT) e pela EC nº 94/2016 (modificação do art. 100, da CF/1988 e acréscimo dos art. 101 ao art. 105 ao ADCT), tendo sido referidos art. 101, art. 102, art. 103 e art. 105, do ADCT, alterados pela EC nº 99/2017.

De modo sintético, pode-se dizer que o precatório judicial é o instrumento através do qual se cobra um débito do Poder Público. Nos termos do art. 100, caput, da CF/1988, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.[104]

Essa regra, contudo, não se aplica à execução provisória de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública. Conforme destacou o Min. Fachin, "inexiste razão para que a obrigação de fazer tenha seu efeito financeiro postergado em função do trânsito em julgado, sob pena de hipertrofiar uma regra constitucional de índole excepcionalíssima" (Inf. 866/STF).

Assim, a Corte, apreciando o tema 45 da repercussão geral, por unanimidade, fixou a seguinte tese: "a execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios" (RE 573.872, Rel. Min. Edson Fachin, j. 2017, Plenário).

Para Humberto Theodoro Júnior, o CPC prevê "... um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens. Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento,

---

[104] De acordo com a jurisprudência do STF, "as execuções contra a Fazenda Pública podem ser ajuizadas com base em título executivo extrajudicial", sem que signifique violação ao art. 100, da CF/1988 (RE 488.858-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, 2ª T. DJ de 2007).

feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os art. 730 e art. 731 do CPC/1973".[105]

Nos termos do revogado CPC/1973, proposta a ação executiva ("execução imprópria"), fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, a Fazenda Pública era citada para, nos termos do art. 730, do CPC/1973 opor embargos, no prazo de 30 dias (o prazo foi alterado de 10 para 30 dias de acordo com o art. 1º-B, da Lei nº 9.494/1997, acrescentado pela MP nº 2.180-35/2001, norma essa declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 2.418 – j. 2016, DJE de 2016).

Por sua vez, de acordo com o CPC, tanto na execução fundada em título extrajudicial (art. 910, do CPC) como no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (art. 534 e art. 535, do CPC), o prazo para a oposição dos embargos ou para a impugnação da execução, respectivamente, continua sendo de 30 dias.

Não opostos os embargos ou não impugnada a execução; opostos e transitada em julgado a decisão que os rejeitar ou impugnada e rejeitadas as arguições da executada (art. 910, § 1º, e art. 535, § 3º, I e II, do CPC), duas situações poderão ser observadas:

• expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

• por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 meses, contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Em nosso entender, o trânsito em julgado pressupõe a observância da sistemática da remessa necessária, ressalvadas as exceções expressamente previstas no art. 496, § 3º e § 4º, do CPC, caracterizando tal procedimento condição de eficácia da sentença.

De acordo com o art. 100, § 5º da CF/1988, antigo art. 100, § 1º da CF/1988, renumerado pela EC nº 62/2009, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

A SV 17/2009-STF pacificou o tema ao estabelecer que, "durante o período previsto no art. 100, § 1º, da CF/1988 (atual art. 100, § 5º da CF/1988), não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos".

---

[105] THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de direito processual civil.*

Explicamos: não se pode confundir a necessidade de "atualização monetária", expressamente prevista no art. 100, § 5º da CF/1988, com a "não incidência de juros de mora" estabelecida na SV 17.

Como bem distinguiu o Min. Joaquim Barbosa, enquanto a correção monetária simplesmente recupera a perda do poder aquisitivo da moeda, "os juros moratórios servem de elemento de dissuasão do atraso no cumprimento da obrigação de pagar os valores das condenações judiciais transitadas em julgado" (ARE 638.195).

Assim, a não incidência de juros de mora durante o período previsto na SV 17 (qual seja, até o final do exercício financeiro seguinte ao da apresentação, que deve ocorrer até 1º de julho do exercício anterior, independentemente do momento em que for feito o pagamento – art. 100, § 5º, da CF/1988) justifica-se pelo fato de o devedor não estar em mora diante da autorização da Constituição.

CUIDADO: devemos alertar que esse entendimento firmado pelo STF na SV 17 poderá ser revisto nos termos da proposta de revisão encaminhada pelo Conselho Federal da OAB (PSV nº 111, pendente de julgamento).

Em primeiro lugar, o art. 100, § 12, da CF/1988, introduzido pela EC nº 62/2009, expressamente admite, a partir da promulgação da referida emenda, além da atualização de valores de requisitório, após sua expedição, até o efetivo pagamento, a incidência de juros para compensação da mora (ou seja, em nosso entender, os juros da mora) (sobre o tema, cf. ADIs 4.357 e 4.425 e discussão no item 11.12.6).

Em segundo lugar, o STF, ao julgar o RE 579.431, firmou a seguinte tese: "incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório", que, naturalmente, é momento distinto daquele ordinário previsto no art. 100, § 5º, da CF/1988 (j. 2017 – tema 96 da repercussão geral).

Outro ponto que poderá repercutir sobre a SV 17, justificando a sua revisão, é a introdução do art. 100, § 20, da CF/1988, pela EC nº 94/2016, ao estabelecer que, caso haja precatório com valor superior a 15% do montante dos precatórios apresentados nos termos do referido art. 100, § 5º, da CF/1988, 15% do valor desse precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos 5 exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado.

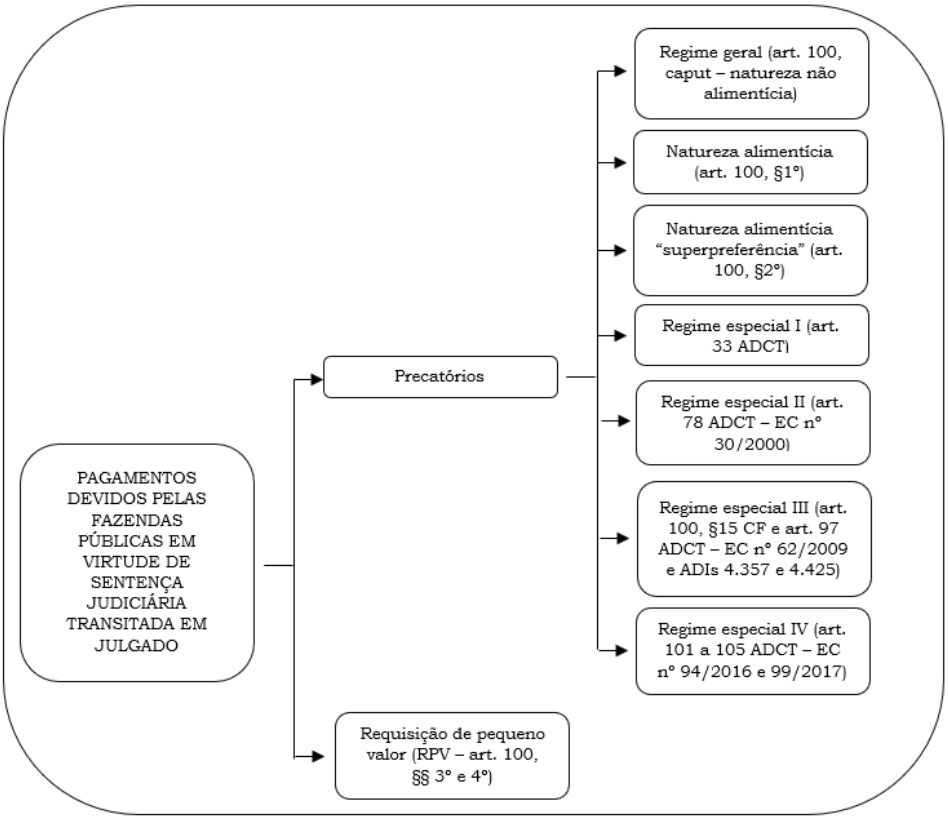
Nos termos do art. 100, § 6º, da CF/1988, as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de

precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

Malgrado o entendimento de os bens públicos serem impenhoráveis, a nosso ver, o referido sequestro pode dar-se tanto sobre a quantia indevidamente recebida pelo credor beneficiado como sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, segundo decisão do pleno do STF no julgamento do RE 82.456-RJ, de 1979 (RTJSTF 96/19651).

A EC nº 62/2009 mantém a regra introduzida pela EC nº 30/2000 ao determinar (art. 100, § 7º, da CF/1988) que o Presidente do Tribunal competente incorrerá em crime de responsabilidade se, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios, respondendo, também, perante o CNJ.

Identificadas essas regras gerais sobre a matéria, passamos a analisar as formas de pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária. Vejamos:



11.12.2 Espécies de precatórios: Regra geral (natureza não alimentícia) e os de natureza alimentícia

Existem duas espécies de precatórios, os de natureza não alimentícia (regra geral) e os de natureza alimentícia. Estes serão pagos preferencialmente (com a exceção do art. 100, § 2º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 62/2009 e modificado pela EC nº 94/2016), também

mediante precatórios, mas obedecendo a uma ordem própria, conforme, inclusive, reforçam a S. 655/STF[106] e o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.469/1997.[107]

A EC nº 30/2000, ao acrescentar o art. 100, § 1º-A, da CF/1988, definiu os débitos de natureza alimentícia, conceito mantido pela EC nº 62/2009, agora no art. 100, § 1º, da CF/1988, como sendo "... aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado".

Interpretou o STF que "a definição contida no art. 100, § 1º-A, da CF/1988 (agora art. 100, § 1º, da CF/1988), de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. [...]. Conforme o disposto nos art. 22 e art. 23, da Lei nº 8.906/1994, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia [...]" (RE 470.407, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2006, 1ª T.). No mesmo sentido: AI 732.358-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2009, 1ª T., DJE de 2009.

Assim, em momento seguinte, a Corte deixou claro que os honorários advocatícios, por serem de titularidade do advogado, são executados autonomamente, independentemente do valor principal a ser recebido pelo cliente, não estando a ele vinculados. Reconhecido o caráter autônomo e também alimentar, a sua execução, quando for o caso de obrigação definida em Lei como de pequeno valor, não afronta a regra contida no art. 100, § 8º, da CF/1988, que proíbe o fracionamento dos precatórios (RE 564.132, j. 2014).

Nessa linha das decisões da Corte, destacamos o art. 85, § 14, do CPC, que deixa claro: "os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial".

Todo esse entendimento está consagrado na SV 47 (DJE de 2015), ao estabelecer que "os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza".

CUIDADO: um alerta deve ser feito em relação a esse tema. A SV 47 fala em "honorários advocatícios incluídos na condenação". Assim, o STF tem alguns julgados fazendo a distinção entre honorários de sucumbência (em razão da condenação) e honorários contratuais, que,

---

[106] S. 655/STF: "A exceção prevista no art. 100, caput, da CF/1988, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza".

[107] Lei nº 9.469/1997: "Art. 6º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciários e à conta do respectivo crédito. § 1º É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciários".

com natureza distinta, decorreriam de negócio jurídico firmado entre as partes e não de condenação judicial.

Esse tema ainda precisa ser analisado pelo pleno do STF (pendente o enfrentamento específico), mas já existem algumas decisões em reclamação constitucional no sentido de não se admitir o tratamento destacado dos honorários contratuais (que não se confundem com os honorários incluídos na condenação), determinando a sua integração à requisição de pagamento com o valor da dívida e, dessa forma, não se permitindo o fracionamento da execução.[108]

11.12.3 Sistemática da "superpreferência" – art. 100, § 2º, da CF/1988 (EC nº 62/2009)

Conforme se apontou, os precatórios de natureza alimentícia terão preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles mencionados no art. 100, § 2º, da CF/1988.

Esse dispositivo, novidade introduzida pela EC nº 62/2009 e aprimorada pela EC nº 94/2016 (que alterou o texto para adequar a regra constitucional ao reconhecimento da inconstitucionalidade declarada pelo STF em relação à redação dada pela EC nº 62/2009, além de ampliar as hipóteses de "superpreferência"), estabeleceu que os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma, da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em Lei para os fins do disposto no art. 100, § 3º, da CF/1988 (débitos de pequeno valor), admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Na redação original introduzida pela EC nº 62/2009, a aferição da idade para fins da preferência se dava "na data de expedição do precatório", não admitindo a "superpreferência", contudo, nas hipóteses em que o credor viesse a completar a idade.

O STF, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, na linha da crítica que já fazíamos em edições anteriores, declarou inconstitucional referida expressão "na data de expedição do precatório", pois, "enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (art. 5º, caput, da CF/1988) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento".[109]

---

[108] Cf. RCL 26.243, Rel. Min. Edson Fachin, j, 2017, monocrático e final, DJE de 2017. Cf., também, concessão de medida acauteladora pela Min. Rosa Weber na RCL 26.241, j. 2017 (pendente o julgamento de mérito).

[109] ADI 4.357 e ADI 4.425, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 2013, Plenário, DJE de 2014

Como se observou, a EC nº 94/2016, ao alterar a redação do art. 100, § 2º, da CF/1988, ampliando as hipóteses de "superpreferência" para as pessoas com deficiência, na forma, da lei, retirou a referida expressão ("na data da expedição do precatório"), além de deixar claro que as 3 hipóteses apontadas devem ser observadas não apenas em relação aos débitos de natureza alimentícia cujos titulares sejam originários, mas também em relação àqueles que receberam o crédito por sucessão hereditária.

Determinou-se (tanto a EC nº 62/2009 como a EC nº 94/2016), portanto, uma preferência sobre aquela que já existia (e por isso denominamos "superpreferência"), ou seja, dentre os créditos de natureza alimentícia, aqueles que foram expedidos em uma das três situações indicadas na Constituição terão preferência sobre os demais, também de natureza alimentícia, quais sejam, os créditos, originários ou por sucessão hereditária, cujos titulares:[110]

- tenham 60 anos de idade ou mais;
- sejam portadores de doença grave, na forma, da lei; ou
- sejam pessoas com deficiência, na forma, da lei.

11.12.4 Compensação de precatório com débitos tributários – Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF (EC nº 62/2009) e disposições estabelecidas pela EC nº 94/2016

Nos termos do art. 100, § 9º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 62/2009, no momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Conforme afirmamos em edições anteriores, estávamos diante do instituto da compensação forçada, o que desnatura a sua essência, além da problemática de haver contestação do valor a ser supostamente compensado, por exemplo, em razão de eventual prescrição.

O STF, de maneira acertada, declarou inconstitucional essa sistemática, especialmente por haver exclusivo proveito da Fazenda Pública. Conforme ficou estabelecido na ementa do

[110] O STF declarou constitucional essa sistemática da "superpreferência": "o pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave (ou que sejam pessoas com deficiência, acrescente-se, em razão da ampliação introduzida pela EC nº 94/2016, inexistente à época do julgamento), promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela EC nº 62/2009" (ADI 4.357 e ADI 4.425).

acórdão, o regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto no art. 100, § 9º e § 10, da CF/1988, incluídos pela EC nº 62/2009, embaraça a efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988), desrespeita a coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, da CF/1988), vulnera a separação dos poderes (art. 2º, da CF/1988) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (art. 5º, caput, da CF/1988), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF/1988) (ADIs 4.357 e 4.425). Esse entendimento pela inconstitucionalidade também se aplica aos valores envolvidos que estejam sujeitos ao regime de pagamento por requisição de pequeno valor (RPV) (RE 657.686, j. 2014, DJE de 2014).

Cabe observar que o STF, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Luiz Fux, modulou os efeitos da decisão proferida nas referidas ADIs e, sobre o tema da compensação enquanto forma alternativa de pagamento, considerou-a válida somente até a referida data, qual seja, 2015, a partir da qual não será mais possível a quitação de precatórios por tal modalidade.

Diante dessa decisão, a EC nº 94/2016, buscando adequar o novo regime de pagamento de precatórios então introduzido (art. 101, do ADCT) ao entendimento do STF no julgamento das mencionadas ADIs, disposição essa mantida pela EC nº 99/2017, estabeleceu que, enquanto viger referido regime de pagamento de precatórios, é facultada aos credores de precatórios, próprios ou de terceiros (e não à Fazenda Pública, como estabelecido no art. 100, § 9º, da CF/1988, declarado inconstitucional), a compensação com débitos de natureza tributária ou de outra natureza que, até 2015 (data fixada pelo STF na modulação), tenham sido inscritos na dívida ativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observados os requisitos definidos em Lei própria do ente federado.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão regulamentar nas respectivas leis essa disposição estabelecida no art. 105, caput, do ADCT em até 120 dias a partir de 2018. Decorrido esse prazo sem a regulamentação prevista, ficam os credores de precatórios autorizados a exercer a mencionada faculdade.

Em razão de apelo feito pela Frente Nacional de Prefeitos, foi introduzido o art. 105, parágrafo único, do ADCT, renumerado para art. 105, § 1º, do ADCT, pela EC nº 99/2017, explicitando não se aplicar às referidas compensações qualquer tipo de vinculação, como as transferências a outros entes e as destinadas à educação, à saúde e a outras finalidades.

11.12.5 Utilização de precatórios para compra de imóveis públicos

De acordo com o art. 100, § 11, da CF/1988, é facultada ao credor, conforme estabelecido em Lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

11.12.6 Atualização de valores de requisitórios de acordo com os índices da caderneta de poupança – Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF

A EC nº 62/2009 introduziu regra bastante complicada em relação à atualização de valores de requisitórios.

A partir da promulgação da referida Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios (art. 100, § 12, da CF/1988).

Conforme chegamos a afirmar, essa nova regra retira do Poder Judiciário a possibilidade de proceder a efetiva recomposição do valor da moeda com o escopo de preservar o seu poder aquisitivo original. Isso porque atrela, independentemente do valor da inflação, o pagamento à correção da caderneta de poupança.

Ainda, viola o princípio da isonomia, pois, se por um lado os débitos do poder público são corrigidos pela poupança, os seus créditos, pela regra atual, são atualizados pela taxa SELIC, com correções muito superiores aos índices da poupança.

E, ainda, vislumbramos violação ao princípio da segurança jurídica decorrente da proibição de ofensa à coisa julgada, pois a nova emenda, delimitando a forma de correção, certamente viola outros critérios de atualização porventura já fixados em sentenças transitadas em julgado.

Toda essa argumentação veio a ser reconhecida pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarando a inconstitucionalidade das expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza", constantes do art. 100, § 12, da CF/1988, com a redação dada pela EC nº 62/2009.[111]

---

[111] "EMENTA: 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CF/1988) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF/1988) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, § 1º, do CTN). Declaração de inconstitucionalidade (...) para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário."

Devemos alertar, contudo, que, no julgamento de questão de ordem suscitada pelo Min. Luiz Fux, o STF, modulando os efeitos da decisão, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da referida questão de ordem e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até essa data, a saber:

• "fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da EC nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários;" e

• "ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos art. 27, da Lei nº 12.919/2013 e art. 27, da Lei nº 13.080/2015, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária".

11.12.7 Cessão dos créditos em precatórios a terceiros e a possibilidade de assunção de débitos diretamente pela União

O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto no art. 100, § 2º e § 3º, da CF/1988, qual seja, a sistemática do privilégio dos créditos de natureza alimentícia para aqueles com 60 anos de idade ou mais, ou portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma, da lei, ou a desnecessidade do precatório para as obrigações definidas em Lei como de pequeno valor.

A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

Apesar da nova regra, nos termos do art. 5º, da EC nº 62/2009, ficam convalidadas todas as cessões de precatórios efetuadas antes de sua promulgação, independentemente da concordância da entidade devedora.

De acordo com o art. 100, § 16, da CF/1988, a seu critério exclusivo e na forma, da Lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

11.12.8 Aferição mensal, em base anual, do comprometimento das receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigação de pequeno valor (EC nº 94/2016)

De acordo com o art. 100, § 17, da CF/1988, introduzido pela EC nº 94/2016, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aferirão mensalmente, em base anual, o comprometimento de suas respectivas receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigações de pequeno valor.

E o que deve ser entendido como receita corrente líquida?

Entende-se como receita corrente líquida o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, de transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do art. 20, § 1º, da CF/1988, verificado no período compreendido pelo segundo mês imediatamente anterior ao de referência e os 11 meses precedentes, excluídas as duplicidades, e deduzidas (art. 100, § 18, da CF/1988):

• na União, as parcelas entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios por determinação constitucional;

• nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

• na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio de seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no art. 201, § 9º, da CF/1988.

Caso o montante total de débitos decorrentes de condenações judiciais em precatórios e obrigações de pequeno valor, em período de 12 (doze) meses, ultrapasse a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores, a parcela que exceder esse percentual poderá ser financiada, excetuada dos limites de endividamento de que tratam o art. 52, VI e VII, da CF/1988, e de quaisquer outros limites de endividamento previstos, não se aplicando a esse financiamento a vedação de vinculação de receita prevista no art. 167, IV, da CF/1988 (art. 100, § 19, da CF/1988).

11.12.9 Regime especial I: Art. 33, do ADCT (poder constituinte originário)

Conforme estabelece o art. 33, do ADCT, ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 8 anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até 180 dias da promulgação da Constituição.

Para o cumprimento dessa disposição, poderão as entidades devedoras emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos da dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

A grande diferença desse regime especial para os que se seguiram (ECs nº 30/2000, ECs nº 62/2009 e ECs nº 94/2016) foi o modo de sua introdução, qual seja, este do art. 33, do ADCT se implementou pela manifestação do poder constituinte originário.

11.12.10 Regime especial II: Art. 78, do ADCT (EC nº 30/2000)

A EC nº 30/2000, ao acrescentar o art. 78, do ADCT, estabeleceu criticada moratória, que, inclusive, está sendo discutida no STF (ADIs ns. 2.356 e 2.362), tendo havido deferimento dos pedidos das medidas cautelares, em 2010, suspendendo referido dispositivo até o julgamento final das ADIs (cf. Inf. 610/STF – mérito pendente de julgamento).

De acordo com a regra, ressalvados os créditos definidos em Lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33, do ADCT, e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação, da EC nº 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 10 anos, permitida a cessão dos créditos, bem como a decomposição das parcelas, a critério do credor.

Conforme sustentado pela maioria dos Ministros no julgamento das medidas cautelares, nas ADIs 2.356 e 2.362: "... o Congresso Nacional, ao impor o parcelamento impugnado aos precatórios pendentes de liquidação na data de publicação da referida emenda, incidira em múltiplas transgressões à Constituição, porquanto teria desrespeitado a integridade de situações jurídicas definitivamente consolidadas, prejudicando, assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, além de haver violado o princípio da separação de poderes e o postulado da segurança jurídica" (Inf. 610/STF – para leitura completa da ementa e do acórdão, confira a sua publicação no DJE de 2011).

Conforme já afirmamos, há que se diferenciar a moratória introduzida pelo constituinte originário (art. 33, do ADCT) daquela instituída pelo constituinte reformador, no caso, pela EC nº 30/2000, sendo, assim, mais um argumento para sustentar a liminar deferida, já que, enquanto o primeiro é, do ponto de vista jurídico, incondicionado, o segundo deve observar as cláusulas pétreas.

A título de informação, de acordo com a regra do art. 78, § 3º, do ADCT, que também está com a sua eficácia suspensa em razão da liminar deferida, esse prazo máximo de 10 anos citado não se aplica aos precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse, ficando reduzido para 2 anos (cf. art. 78, § 3º, do ADCT).

Referida regra de parcelamento pelo prazo de 10 anos também não se aplica, segundo o art. 86, do ADCT, acrescentado pela EC nº 37/2002, aos débitos da Fazenda Federal,

Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado que preencham, cumulativamente, as seguintes condições:

• terem sido objeto de emissão de precatórios judiciários;

• terem sido definidos como de pequeno valor pela Lei de que trata o art. 100, § 3º, da CF/1988, ou pelo art. 87, do ADCT;

• estarem, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação, da EC nº 37/2002.

Isso significa que referidos débitos deverão ser pagos de acordo com a regra geral prevista no art. 100, da CF/1988, na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, com precedência sobre os de maior valor. Excepcionalmente, de acordo com o art. 86, § 2º, do ADCT, se os débitos ainda não tiverem sido objeto de pagamento parcial, nos termos do art. 78, do ADCT, poderão ser pagos em duas parcelas anuais, se assim dispuser a lei.

O art. 86, § 3º, do ADCT, acrescentado pela EC nº 37/2002, por seu turno, disciplinando os débitos oriundos das hipóteses definidas no art. 78, do ADCT, determina, de maneira correta, que, observada a ordem cronológica de sua apresentação, os débitos de natureza alimentícia terão precedência para pagamento sobre todos os demais.

11.12.11 Regime especial III: Art. 100, § 15, da CF/1988 e art. 97, do ADCT – Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Modulação dos efeitos da decisão – Sobrevida ao regime especial por 5 exercícios financeiros a contar de 2016 (ADIs 4.357 e 4.425-QO, j. 2015)

Outra novidade (extremamente criticada) introduzida pela EC nº 62/2009 foi a possibilidade de Lei Complementar estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

Estatui o art. 97, caput, do ADCT que até que seja editada a Lei Complementar de que trata o art. 100, § 15, da CF/1988, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação, da EC nº 62/2009, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100, da CF/1988 exceto em seus § 2º, § 3º, § 9º, § 10, § 11, § 12, § 13 e § 14, e sem prejuízo dos

acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação da referida Emenda Constitucional.

Por sua vez, o art. 97, § 1º, I e II, do ADCT faculta ao Chefe do Poder Executivo da entidade federativa devedora optar por duas formas de pagamento:

• depósito em conta especial do valor referido pelo art. 97, § 2º, da CF/1988; ou

• adoção do regime especial pelo prazo de até 15 anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o art. 97, § 2º, da CF/1988, corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.[112]

Como se vê, além do parcelamento em até 8 anos que já havia sido instituído pelo art. 33, do ADCT e da moratória fixada pela EC nº 30/2000 em até 10 anos (art. 78, do ADCT), a EC nº 62/2009 estabeleceu novo e desarrazoado parcelamento de até 15 anos, o que poderia ser caracterizado como o maior e mais desastroso "calote oficial" e, ainda, atrelado a percentuais sobre as receitas correntes líquidas das entidades federativas, fixados em valores nada razoáveis.

O conceito de receita corrente líquida está no art. 97, § 3º, do ADCT,[113] e, assim, observa-se que quanto mais incompetente for o governante, menor será o volume financeiro para o pagamento dos precatórios.

Para piorar, a esperada observância de pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação dos precatórios ficou garantida pela EC nº 62/2009 em apenas 50% dos valores destinados para o já combatido método de pagamento dos precatórios, o que viola, sem dúvida, o princípio da isonomia.

Segundo o Min. Celso de Mello, "a norma consubstanciada no art. 100, da CF/1988 (qual seja, acrescente-se, pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação dos

---

[112] Conforme vimos no item 11.12.6, após ter declarado a inconstitucionalidade dessa forma de atualização monetária, o STF modulou os efeitos da decisão proferida nas ADIs 4.357 e 4.425 (efeito *ex nunc*) e manteve a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos, da EC 62/2009, até 2015, data após a qual a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários. Ainda, como desdobramento desse efeito prospectivo, a Corte resguardou os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos art. 27 da Leis nº 12.919/2013 e art. 27, da Lei nº 13.080/2015, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

[113] Art. 97, § 3º, do ADCT: "Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do art. 20, § 1º, da CF/1988, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I – nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II – nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no art. 201, § 9º, da CF/1988".

precatórios) traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado...” (ADI 584-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1992).

Os outros 50% do dinheiro destinado para o pagamento das dívidas das Fazendas Públicas seriam utilizados, nos termos do art. 97, § 8º, do ADCT, segundo opção a ser exercida pelos Estados, Distriro Federal ou Municípios devedores, por ato de seu Chefe do Executivo, uma vez que poderão, isolada ou simultaneamente, utilizar os recursos para:

• pagamento dos precatórios por meio do leilão;

• pagamento à vista de precatórios não quitados na forma do art. 97, § 6º, I, do ADCT, em ordem única e crescente de valor por precatório;

• pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por Lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

Analisando questão de ordem suscitada pelo Min. Luiz Fux no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, em 2015, o STF deliberou sobre referidas formas alternativas de pagamento previstas no regime especial:

• consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na EC nº 62/2009, desde que realizados até 2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades;

• decidiram ficar mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com Lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

A garantia para o Poder Público está no art. 97, § 13, do ADCT, já que, enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o art. 97, § 1º, II e § 2º, da CF/1988.

O regime especial de pagamento de precatório previsto no art. 97, § 1º, I, da CF/1988, vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do art. 97, § 2º, I, da CF/1988, ou pelo prazo fixo de até 15 anos, no caso da opção prevista no art. 97, § 1º, I, da CF/1988.

Em edições anteriores, fizemos duras críticas a esse regime “especial” introduzido no art. 97, do ADCT.

Apesar de, em certa medida, a nova emenda ter avançado no sentido de fazer com que muitos governantes comecem a pagar precatórios, saindo de criticada inércia, a reforma, contudo, violou diversos preceitos constitucionais, como a separação de poderes, cláusula

pétrea, pois, pela nova regra, haverá total desprestígio a decisões judiciais já implementadas, criando insegurança jurídica e afronta à coisa julgada e ao direito de propriedade.

Ainda, a EC nº 62/2009 afrontou o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), pois estabeleceu uma nova e imoral moratória de famigerados 15 anos.

Por sua vez, a flexibilidade da garantia do pagamento segundo a ordem cronológica dos precatórios mostra-se inadequada e temerária, violando direitos e garantias individuais, também cláusulas pétreas.

De modo imoral e irresponsável, a nova emenda flexibilizou a responsabilidade dos governantes (e, assim, afrontou um dos princípios sensíveis da Constituição, previsto no art. 34, VII, "a", da CF/1988, qual seja, a República), desestimulando o pagamento das dívidas das administrações diretas e indiretas e, em afronta à isonomia, criando um mecanismo de tratamento totalmente distinto em relação aos créditos fazendários.

Felizmente, o STF, reconhecendo o disfarçado "calote" oficial, declarou a inconstitucionalidade do art. 100, § 15, da CF/1988, e de todo o art. 97, do ADCT, introduzidos pela EC nº 62/2009 (ADIs 4.357 e 4.425), não mais admitindo referido regime "especial" de pagamento dos precatórios.[114]

Com as nossas críticas, contudo, devemos alertar que o STF, concluindo o julgamento, por maioria e nos termos do voto reajustado do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu questão de ordem suscitada e determinou a modulação dos efeitos da decisão, dando sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios instituído pela EC nº 62/2009 por 5 exercícios financeiros a contar de 2016.

Durante esse período, está mantida a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios, bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT).

Finalmente, ao CNJ, além de ter sido atribuída competência para monitorar e supervisionar os pagamentos dos precatórios pelos entes públicos na forma da decisão proferida nas ADIs, foi delegada competência "para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline a) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e b) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 2015, por opção do credor do precatório".

---

[114] "EMENTA: (...). O regime "especial" de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/2009, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (art. 1º, caput, da CF/1988), o princípio da Separação de Poderes (art. 2º, da CF/1988), o postulado da isonomia (art. 5º, da CF/1988), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988), o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988)."

11.12.12 Regime especial IV: Art. 101 ao art. 105, do ADCT – EC nº 94/2016 e EC nº 99/2017

Conforme explicou o Deputado Paulo Teixeira, relator da PEC nº 74-A/2015, cuja redação se consolidou na EC nº 94/2016, as modificações introduzidas na Constituição em relação a esse regime especial tinham por objetivo a adequação ao entendimento fixado pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, tanto é que o prazo de sua vigência coincide com a sobrevida dada pela Corte ao regime introduzido pela EC nº 62/2009, nos termos da modulação dos efeitos da decisão (5 exercícios financeiros a contar de 2016 – cf. item 11.12.11).

Devemos alertar que a EC nº 99/2017, alegando a "dura realidade fiscal dos Estados e Municípios" (Parecer da Comissão Especial da CD, substitutivo da PEC nº 212/2016 do Senado Federal), dilatou referido prazo para 2024, afrontando, em nosso entender, a decisão judicial estabelecida pelo STF.

De fato, sabemos que o Poder Legislativo pode, por Emenda Constitucional, superar a jurisprudência da Corte. Contudo, temos dúvidas sobre a constitucionalidade dessa nova prorrogação, constatando que, a todo o momento, a Fazenda Pública não vem honrando com as suas obrigações, tornando o tema do precatório o mais emendado no texto constitucional e, assim, o mais tormentoso.

De todo modo, o regime de pagamentos previsto nos art. 101 ao art. 105, do ADCT, introduzido pela EC nº 94/2016 e alterado pela EC nº 99/2017, visa à "liquidação de precatórios em mora que eram regidos pelo Regime Especial, da EC nº 62/2009, e que foram modulados pela decisão do Supremo Tribunal Federal em 2015".

De acordo com o art. 101, do ADCT, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios quitarão, até 2024, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), ou por outro índice que venha a substituí-lo, depositando mensalmente em conta especial do Tribunal de Justiça local, sob única e exclusiva administração deste, 1/12 do valor calculado percentualmente sobre suas receitas correntes líquidas[115] apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, em percentual suficiente para a quitação de seus débitos e, ainda que variável, nunca inferior, em cada exercício, ao percentual praticado na data da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo, em conformidade com plano de pagamento a ser anualmente apresentado ao Tribunal de Justiça local (redação dada pela EC nº 99/2017).

[115] O art. 101, § 1º, do ADCT, define o conceito de receita corrente líquida.

Enquanto viger o regime especial previsto na EC nº 94/2016, pelo menos 50% dos recursos que, nos termos do art. 101, do ADCT, forem destinados ao pagamento dos precatórios em mora serão utilizados no pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências dos créditos alimentares, e, nessas, as relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência, nos termos do art. 100, § 2º, da CF/1988, sobre todos os demais créditos de todos os anos (art. 102, do ADCT).

Essa disposição, inequivocamente, afronta a Constituição, pois garante a observância da ordem cronológica em relação a apenas 50% dos recursos destinados ao pagamento dos precatórios em mora. Contudo, conforme já expusemos no item 11.12.11, apesar de nulificada pelo STF, essa regra foi preservada por 5 exercícios financeiros a contar de 2016 (modulação dos efeitos da decisão) e, por esse motivo, repetida na EC nº 94/2016.

Conforme sabemos, a EC nº 99/2017 ampliou esse prazo até 2024, o que, certamente, em nosso entender, viola a Constituição (tema pendente de apreciação pelo STF).

A aplicação dos recursos remanescentes, ou seja, os outros 50%, por opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios, por ato do respectivo Poder Executivo, observada a ordem de preferência dos credores, poderá ser destinada ao pagamento mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado.

A EC nº 99/2017 acrescentou o art. 102, § 2º, do ADCT, estabelecendo que, na vigência do regime especial previsto no art. 101, do ADCT, as preferências relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência serão atendidas até o valor equivalente ao quíntuplo fixado em Lei para os fins do disposto no art. 100, § 3º, da CF/1988, admitido o fracionamento para essa finalidade, e o restante será pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.

Ainda, seguindo o entendimento fixado pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, enquanto viger referido regime de pagamento de precatórios (art. 101, do ADCT), é facultada aos credores de precatórios, próprios ou de terceiros (e não à Fazenda Pública como estabelecido no art. 100, § 9º, da CF/1988, declarado inconstitucional), a compensação com débitos de natureza tributária ou de outra natureza que até 2015 (data fixada pelo STF na modulação dos efeitos da decisão nas referidas ADIs) tenham sido inscritos na dívida ativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observados os requisitos definidos em Lei própria do ente federado, lembrando que não se aplica a essas compensações qualquer tipo de vinculação, como as transferências a outros entes e as destinadas à educação, à saúde e a outras finalidades (art. 105, do ADCT).

A EC nº 99/2017 estabeleceu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios regulamentarão, nas respectivas leis, essa faculdade prescrita no art. 105, do ADCT, no prazo

de até 120 dias a partir de 1º de janeiro de 2018. Decorrido esse prazo sem a regulamentação nele prevista, ficam os credores de precatórios autorizados a exercer referida faculdade.

E qual a fonte de recursos para o pagamento dessas dívidas das Fazendas Públicas?

O débito de precatórios será pago com recursos orçamentários próprios provenientes das fontes de receita corrente líquida referidas no art. 101, § 1º, do ADCT, e, adicionalmente, poderão ser utilizados recursos dos seguintes instrumentos: (art. 101, § 2º, I ao IV, do ADCT, introduzido pela EC nº 94/2016 e alterado, com a inclusão art. 101, § 2º, IV, pela EC nº 99/2017):

• depósitos judiciais e administrativos em dinheiro: até 75% dos depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais sejam parte os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, e as respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, mediante a instituição de fundo garantidor em montante equivalente a 1/3 dos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados;

• demais depósitos judiciais em dinheiro: até 30% dos demais depósitos judiciais da localidade sob jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça, mediante a instituição de fundo garantidor em montante equivalente aos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados, destinando-se a) no caso do Distrito Federal, 100% desses recursos ao próprio Distrito Federal; b) no caso dos Estados, 50% desses recursos ao próprio Estado e 50% aos respectivos Municípios, conforme a circunscrição judiciária onde estão depositados os recursos, e, se houver mais de um Município na mesma circunscrição judiciária, os recursos serão rateados entre os Municípios concorrentes, proporcionalmente às respectivas populações, utilizado como referência o último levantamento censitário ou a mais recente estimativa populacional da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (EC nº 99/2017);

• contratação de empréstimo: excetuados para esse fim os limites de endividamento de que tratam o art. 52, caput, VI e VII, da CF/1988, e quaisquer outros limites de endividamento previstos em lei, não se aplicando a esses empréstimos a vedação de vinculação de receita prevista no art. 167, caput, IV, da CF/1988;

• depósitos em precatórios e requisições diretas de pagamento de obrigações de pequeno valor efetuados até 2009 e ainda não levantados (fonte adicional introduzida pela EC nº 99/2017): a totalidade dos depósitos em precatórios e requisições diretas de pagamento de obrigações de pequeno valor efetuados até 2009 e ainda não levantados, com o cancelamento

dos respectivos requisitórios e a baixa das obrigações, assegurada a revalidação dos requisitórios pelos juízos dos processos perante os Tribunais, a requerimento dos credores e após a oitiva da entidade devedora, mantidas a posição de ordem cronológica original e a remuneração de todo o período.

A EC nº 99/2017 inseriu o art. 101, § 3º, do ADCT, prescrevendo que os recursos adicionais previstos no art. 101, § 2, I, II e IV, do ADCT, serão transferidos diretamente pela instituição financeira depositária para a conta especial referida no caput do artigo, sob única e exclusiva administração do Tribunal de Justiça local, e essa transferência deverá ser realizada em até 60 dias contados a partir da entrada em vigor do parágrafo, sob pena de responsabilização pessoal do dirigente da instituição financeira por improbidade.

Outra novidade estabelecida pela EC nº 99/2017 foi a introdução do art. 101, § 4º, do ADCT, nos seguintes termos: "no prazo de até 6 meses contados da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo, a União, diretamente, ou por intermédio das instituições financeiras oficiais sob seu controle, disponibilizará aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, linha de crédito especial para pagamento dos precatórios submetidos ao regime especial de pagamento de que trata este artigo...", observadas as condições previstas no art. 101, § 2, I, II e IV, do ADCT.

Realmente temos muitas dúvidas sobre essas "fórmulas" de captação de recursos, especialmente as duas primeiras, por utilizarem recursos de terceiros para pagamento de dívidas da Fazenda distintas daquela que deu origem ao depósito do dinheiro, além de não se ter a certeza de que, quando for o momento do levantamento do dinheiro, ele ainda estará disponível, por mais que se tenha criado um fundo para essa finalidade. Em nosso entender, a novidade é flagrantemente inconstitucional.

Por sua vez, a outra fórmula, qual seja, a possibilidade de empréstimos acima dos limites de endividamento constitucional ou, da Lei de Responsabilidade Fiscal, também afronta importantes conquistas de limites de endividamento e pode ser um grande risco para que as Fazendas Públicas continuem gastando errado.

No mesmo sentido, a nova fórmula introduzida pela EC nº 99/2017 (art. 101, § 2º, IV, do ADCT), muito embora assegure a revalidação dos requisitórios, mostra-se complicada, pois acaba sendo um mecanismo de tomar a receita pelo simples fato de seu não levantamento, sendo que as preocupações já apresentadas para o art. 101, § 2º, do ADCT, devem também ser aqui consideradas.

A primeira "fórmula" está sendo questionada no STF na ADI 5.679, ajuizada pela PGR em 2017.

Conforme se sustentou em bem fundamentada petição inicial, "destinar recursos de terceiros, depositados em conta à disposição do Judiciário, à revelia deles, para custeio de

despesas ordinárias do Executivo e para pagamento de dívidas da fazenda pública estadual com outras pessoas constitui apropriação do patrimônio alheio, com interferência na relação jurídica civil do depósito e no direito fundamental de propriedade dos titulares dos valores depositados".[116]

Ao apreciar o pedido de cautelar, o Min. Barroso salientou a presunção qualificada de constitucionalidade das Emendas Constitucionais, em razão do seu *quorum* qualificado para aprovação. Assim, observou que o requerente não demonstrou que o fundo idealizado seria incapaz de assegurar a solvabilidade do sistema, não se demonstrando, também, o risco real para o levantamento dos valores pelos particulares no momento cabível, mantendo, então, o modelo prescrito na reforma constitucional.

Apesar desse entendimento, em 2017, por meio de decisão monocrática, o Relator deferiu parcialmente a cautelar para o fim de manter a EC nº 94/2016, mas conferir-lhe interpretação conforme à Constituição, a fim de "explicitar, com efeitos vinculantes e gerais, que a utilização dos recursos pelos Estados deve observar as seguintes condições: a) prévia Constituição do fundo garantidor, b) destinação exclusiva para quitação de precatórios em atraso até 2015, e c) exigência de que os pertinentes valores sejam transpostos das contas de depósito diretamente para contas vinculadas ao pagamento de precatórios, sob a administração do Tribunal competente, afastando-se o trânsito de tais recursos pelas contas dos Tesouros estaduais e municipais" (ADI 5.679, DJE de 2017, pendente a apreciação da liminar pelo pleno do STF, assim como o julgamento de mérito da ação).

Finalmente, devemos observar que a EC nº 99/2017 explicitou algumas questões a serem observadas na vigência do regime especial previsto no art. 101, do ADCT, destacando-se o tratamento diferenciado em relação às preferências relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência (art. 102, § 2º, do ADCT), bem como a vedação de novas desapropriações pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, cujos estoques de precatórios ainda pendentes de pagamento, incluídos os precatórios a pagar de suas entidades da administração indireta, sejam superiores a 70% das respectivas receitas correntes líquidas, excetuadas as desapropriações para fins de necessidade pública nas áreas de saúde, educação, segurança pública, transporte público, saneamento básico e habitação de interesse social (art. 103, parágrafo único, do ADCT).

---

[116] Dentre outros argumentos, a PGR sustenta que há flagrante violação às cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, III e IV, da CF/1988), destacando-se os seguintes dispositivos que estariam sendo violados: a) art. 2º,da CF/1988, por afronta à divisão de funções; b) art. 5º, caput, e art. 170, II, da CF/1988, por ofensa ao direito fundamental de propriedade dos titulares de depósitos; c) art. 5º, XXXV, da CF/1988, por violação do direito fundamental de acesso à justiça; d) art. 5º, LIV, da CF/1988, por violação do princípio do devido processo legal substantivo; e) art. 5º, LXXVII, da CF/1988, por desrespeito à duração razoável do processo.

11.12.13 Requisição de pequeno valor (RPV): exceção à regra geral do precatório

Introduzida pela EC nº 20/1998 e, depois, pela EC nº 30/2000, mantida nas EC nº 62/2009 e EC nº 94/2016, o constituinte reformador trouxe exceção à regra geral da expedição de precatórios constante do art. 100, caput e § 1º.

Nos termos do art. 100, § 3º e § 8º, da CF/1988, a obrigatoriedade da expedição de precatório para o pagamento das dívidas públicas não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em Lei como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado, sendo, contudo, vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total em montante que seria considerado de "pequeno valor".

Conforme decidiu o STF, "não viola o art. 100, § 8º (alterado pela com a EC nº 62/2009), da CF/1988 [...] o fracionamento do valor da execução em parcelas controversa e incontroversa sem que isso implique alteração do regime de pagamento, que é definido pelo valor integral da obrigação [...]. Asseverou-se que a vedação prevista no art. 100, § 8º, da CF/1988 não teria ocorrido no caso e que a obrigatoriedade de sentença transitada em julgado (art. 100, § 1º ao § 5º, da CF/1988, alterado pela EC nº 62/2009) fora observada, uma vez que da parte incontroversa não cuidará a sentença dos embargos à execução", sendo, assim, possível a expedição de dois precatórios, um relativo à parte incontroversa e outro, posterior, quando for definido o valor referente à parte controversa (Inf. 430/STF, RE 484.770/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2006).

Entendeu, também, o STF que "... é possível o fracionamento de execução de sentença para expedição de requisição de pequeno valor, quando tratar-se de litisconsórcio facultativo ativo e não de ação coletiva intentada por legitimado extraordinário ou substituto processual. Precedentes" (RE 459.506-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2007, 2ª T., DJ de 2007). No mesmo sentido: RE 501.840-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, 2ª T., DJE de 2009, bem como o posicionamento firmado pelo pleno do STF no julgamento do RE 568.645, j. 2014, DJE de 2014. Como a matéria teve repercussão geral reconhecida, a decisão proferida pela Corte produziu reflexos em relação a pelo menos 1.085 processos que estavam sobrestados – cf. Notícias STF de 2014.

Ainda, admitiu o STF, sem que se caracterizasse violação ao art. 100, § 8º, da CF/1988, a execução individual de sentença condenatória genérica proferida contra a Fazenda Pública em ação coletiva visando à tutela de direitos individuais homogêneos (ARE 925.754 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2015, Plenário, DJE de 2016).

Outro ponto importante foi o reconhecimento da desvinculação entre o débito principal de uma condenação e os honorários advocatícios (que possuem caráter alimentar), devendo ser considerados autônomos para efeito da proibição do art. 100, § 8º, da CF/1988 (RE 564.132, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

E o que deve ser entendido como obrigação de pequeno valor?

Para os fins do disposto no art. 100, § 3º, da CF/1988, e, assim, a conceituação de "pequeno valor", as entidades de direito público poderão fixar, por leis próprias e, portanto, valores distintos a cada uma delas, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social (art. 100, § 4º, da CF/1988).[117]

Dessa forma, a União, por Lei Federal, definirá o conceito de obrigação de pequeno valor, assim como cada Estado, o Distrito Federal e cada Município da Federação.

Conforme vimos em nota anterior, por regra geral, no âmbito da União, a Lei nº 10.259/2001 definiu como de "pequeno valor" a obrigação de até 60 salários mínimos.

E como ficou em relação aos demais entes federativos?

De acordo com o art. 87, do ADCT (EC nº 37/2002), para efeito do que dispõem o art. 100, § 3º, da CF/1988, e o art. 78, do ADCT, serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no art. 100, § 4º, da CF/1988, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

- 40 salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal;
- 30 salários mínimos para Municípios.

Nesse sentido, o STF entendeu que essa definição de "pequeno valor" "... tem caráter transitório e abre margem para que as entidades de direito público [...] disponham livremente sobre a matéria, de acordo com sua capacidade orçamentária" (Inf. 350/STF, ADI 2.868/PI). Isso porque esse valor provisório permanece até que o ente federativo legisle e defina o que, para a sua realidade, deve ser entendido como de pequeno valor.

---

[117] Para se ter um exemplo, o art. 1º, da Lei nº 10.099/2000, dando nova redação ao art. 128, da Lei nº 8.213/1991, regulamentando o disposto no art. 100, § 3º, da CF/1988, definiu obrigações de pequeno valor, para a Previdência Social, como aquelas demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados na referida Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, cujos valores de execução não sejam superiores a R$ 5.180,25 por autor, podendo, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até 60 dias, após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório. Outro exemplo foi trazido pela Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. De acordo com essa lei, compete ao Juizado Especial Cível Federal processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, considerado "pequeno valor", para efeitos do art. 100, § 3º, da CF/1988, devendo ser pago independentemente de expedição de precatório, mediante mera requisição judicial (art. 3º, caput, e art. 17, da Lei nº 10.259/2001). No âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, que têm por competência processar, conciliar e julgar as causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos, até que se dê a publicação das leis definindo o conceito de obrigação de pagar quantia certa de pequeno valor, consideramse como tal 40 salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal, e 30 salários mínimos, quanto aos Municípios (art. 13, § 3º, da Lei nº 12.153/2009).

Nessa linha, o art. 100, § 4º, da CF/1988, dispõe que as entidades de direito público definirão, por leis próprias, o conceito de "pequeno valor" segundo as suas capacidades econômicas. Contudo, deverão, nos termos da novidade introduzida pela EC nº 62/2009, obedecer ao valor mínimo, qual seja, o valor do maior benefício do regime geral da previdência social.[118]

A título de curiosidade, a partir de 1º.01.2020, o salário de benefício foi fixado no valor máximo de R$ 6.101,06 (cf. Portaria nº 914/2020-ME, DOU de 2020).

Dessa forma, a definição se dará por Lei específica de cada ente federativo, entre o mínimo (maior benefício do regime geral da previdência social) e o teto (40 salários mínimos para os Estados e o DF e 30 salários mínimos para os Municípios). A necessidade de interpretar o art. 87, do ADCT como teto e não como piso é fundamental, pois, do contrário, leis poderiam fixar quantias elevadas e desproporcionais, desvirtuando a regra geral do precatório.

Para se ter um exemplo, a Lei nº 5.250/2002-PI definiu como de pequeno valor as obrigações de até 5 salários mínimos (lembrando que o piso mínimo previsto no art. 100, § 4º, da CF/1988 foi introduzido pela EC nº 62/2009, portanto, em momento seguinte).

O pleno do STF, ao apreciar a já citada ADI 2.868, também antes do piso estabelecido pela EC nº 62/2009, admitiu a "possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87, do ADCT" (j. 2004).

Naturalmente, a definição do "pequeno valor" deverá ser condizente com a capacidade econômica de cada ente federativo, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser observado o piso mínimo prescrito no art. 100, § 4º, da CF/1988, que, conforme visto, introduzido pela EC nº 62/2009, estabeleceu inegável critério objetivo.

E por quanto tempo o art. 87, do ADCT vigorará, já que, como se disse, referida norma deve ser entendida como transitória?

Nos termos de sua própria prescrição, a definição de obrigação de "pequeno valor" estabelecida na Constituição deverá valer até que se dê a publicação oficial das respectivas leis por cada um dos entes da Federação.

E se os entes da Federação não legislarem?

Nesse caso, de acordo com a regra do art. 87, do ADCT, estabelecida pela EC nº 37/2002, o conceito de "pequeno valor" para o pagamento mediante RPV será o ali prescrito, qual seja, o valor igual ou inferior a 40 salários mínimos perante a Fazenda dos Estados e

---

[118] Nesse sentido de piso mínimo, cf. decisão da Min. Rosa Weber ao deferir, em parte, o pedido de liminar para suspender, até o julgamento de mérito, a eficácia do art. 1º, da Lei nº 1.879/2014 do Município de Américo de Campos/SP, *ad referendum* do Tribunal Plenário, que havia definido como de pequeno valor as obrigações de até R$ 1.950,00, portanto, bem inferior ao piso (ADPF 370, j. 2016 – pendente o julgamento colegiado e de mérito. O parecer da PGR é no sentido de se ter que respeitar o piso mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social, na forma do art. 100, § 4º, da CF/1988 – manifestação em 2016).

do DF e igual ou inferior a 30 salários mínimos perante a Fazenda dos Municípios. Ou seja, a transitoriedade se eternizará.

Diante desse quadro e da inércia de vários entes da Federação, a EC nº 62/2009 fixou o prazo de 180 dias para que as entidades de direito público definam, por leis próprias, o conceito de débito de pequeno valor (art. 97, § 12, do ADCT).

Findo esse prazo, pensamos que não mais poderão legislar sobre o assunto. Trata-se, portanto, de prazo peremptório, pois, do contrário, não haveria sentido a sua prescrição no art. 97, § 12, do ADCT, introduzido 7 anos depois da regra do art. 87, do ADCT.

Ou seja, a EC nº 37/2002, para evitar o vácuo, estabeleceu provisoriamente o valor, determinando que houvesse a definição de acordo com a capacidade econômica de cada um. Como depois de 7 anos a imensa maioria dos entes federativos não legislou, a EC nº 62/2009 admitiu essa possibilidade por mais 180 dias. Ao final, inexistindo lei, não poderia mais haver essa definição (contudo, o que se observa, em razão da crise financeira que passa o país, é uma corrida normativa para o estabelecimento de valores muito aquém do definido na Constituição, pois, como se disse, para essas hipóteses, dispensa-se o precatório).

Esse nosso entendimento, apesar de haver divergência na doutrina, se sustenta na própria redação do art. 97, § 12, do ADCT (EC nº 62/2009). Vejamos: se a Lei a que se refere o art. 100, § 4º, da CF/1988, não estiver publicada em até 180 dias contados da data de publicação dessa Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de a) 40 salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal; b) 30 (trinta) salários mínimos para Municípios.

Ao afirmar "será considerado", não mais se permitirá a sua alteração por lei, pois não faria sentido, se a provisoriedade fosse a regra, ter sido fixado um prazo de 180 dias para fazer o que o art. 87, do ADCT (EC nº 37/2002) já admitia.

Finalmente, temos que fazer mais uma observação: o art. 97, do ADCT foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425. Contudo, a Corte modulou os efeitos dessa decisão e deu sobrevida ao referido dispositivo por 5 exercícios financeiros a contar de 2016.

Assim, sustentamos que, ao final desse período, o art. 97, § 12, do ADCT deixará de produzir efeitos, passando, então, a valer o entendimento que prevalecia antes do seu advento, qual seja, a regra do art. 87, do ADCT. Nesse momento, se nenhuma outra emenda for aprovada tratando sobre o assunto, os demais entes voltarão a ter a possibilidade de definir, por leis próprias, o conceito de "pequeno valor" para o pagamento de seus débitos

sem a necessidade de expedição de precatório. Realmente, um grande tema a ser enfrentado pelo STF (no caso, cf. ADI 5.440, pendente).[119]

11.12.14 Débitos das entidades da administração indireta: Precatórios?

A aplicação da regra do precatório para o pagamento de débitos das entidades da administração indireta vem gerando muita discussão. Por esse motivo, resolvemos analisar as várias hipóteses, buscando organizar a matéria. Vejamos.

11.12.14.1 Pessoas jurídicas da administração indireta de direito público

Conforme anotou José dos Santos Carvalho Filho, "o sistema do precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, da CF/1988), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista...".[120]

Dessa forma, dentro da ideia de "Fazenda Pública" o autor insere, naturalmente, "as demais entidades administrativas com tal qualificação, como é o caso das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica".[121]

11.12.14.2 Pessoas jurídicas da administração indireta de direito privado: Atividades sujeitas a monopólio x atividades em regime de concorrência

Essa distinção doutrinária, contudo, não era o entendimento inicial do STF. Como alerta Carvalho Filho, apesar da regra contida no art. 173, § 1º, II, da CF/1988 (que encarrega à Lei o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários), em um primeiro momento, não se fazendo nenhuma

---

[119] A jurisprudência do TST é pacífica ao estabelecer que o prazo de 180 dias é peremptório (cf. RR-351-96.2013.5.15.0123, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 2016, 6ª T. e várias decisões no ano de 2017, como: RR-522-75.2012.5.15.0127, j. 2017, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª T; RR-28-91.2013.5.15.0123, j. 2017, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª T. etc.).

[120] CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de direito administrativo.*

[121] *Ibdi.*

distinção entre aquelas que exercem atividades sujeitas a monopólio e aqueloutras que executam atividades em regime de concorrência, o entendimento do STF era no sentido de se aplicar a regra do precatório, indistintamente.

A Corte entendia, como anota Di Pietro, de modo genérico, que "... os bens das empresas estatais de direito privado prestadoras de serviço público são impenhoráveis, aplicando-se à entidade o regime dos precatórios previsto no art. 100, da CF/1988 [...]. Portanto, são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade...".[122]

Pedimos vênia, dada a complexidade e importância da matéria, para destacar alguns julgados delimitando essa orientação inicial (e genérica) do STF:

"EMENTA: Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. [...]. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no art. 173, § 1º, da CF/1988, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. [...]. O art. 173, § 1º, da CF/1988, não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público" (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008, DJE de 2008).

"EMENTA: À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto Lei nº 509/1969 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da CF/1988, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100, da CF/1988" (RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2000, DJ de 2002. No mesmo sentido: RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2004, DJ de 2004; RE 230.161-AgR, j. 2001, DJ de 2001).

CUIDADO: essa questão voltou a ser discutida pelo STF no julgamento do RE 599.628, no qual, por 7 x 3, definiu-se que a Eletronorte (Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A), empresa de economia mista, por atuar em um regime de concorrência e tendo por objetivo distribuir lucros aos seus acionistas, não se enquadra no precedente anterior do RE 220.906 (ECT) e, assim, não se sujeita ao regime de precatórios (j. 2011).

---

[122] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo.*

Referido caso citado, o, da ECT, caracterizava-se como hipótese de monopólio estatal e de atuação exclusiva por parte da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

No novo precedente, qual seja, no da Eletronorte, por sua vez, o modelo de geração e fornecimento de energia admite a livre-iniciativa e a concorrência e, por isso, deve ser tratado de maneira diversa.

Explicamos: quando o Estado busca o lucro como objetivo principal, no modelo concorrencial, e não se tratando de atividade sujeita a monopólio, dentro da ideia de isonomia com a iniciativa privada (modelo concorrencial), deve despir-se das garantias do pagamento por meio de precatório, que, nos termos do art. 100, caput, da CF/1988, restringe-se, nesse sentido, aos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas.

Diante do exposto, pedimos vênia para transcrever a ementa do julgamento, alertando os leitores para essa importante distinção feita pelo STF entre modelo concorrencial e atividade sujeita a monopólio (com o destaque para o voto do Min. Marco Aurélio que declarou não aceitar o pagamento por precatório em nenhuma hipótese):

"EMENTA: Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100, da CF/1988)" (RE 599.628, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 2011, Plenário, DJE de 2011, com repercussão geral).

Por outro lado, apenas para deixar bem claro, "as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório". Nesses termos, a 2ª Turma do STF "afirmou que sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento que prestasse serviço público primário e em regime de exclusividade – o qual corresponderia à própria atuação do Estado, sem obtenção de lucro e de capital social majoritariamente estatal – teria direito ao processamento da execução por meio de precatório" (RE 852.302, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2015, 2ª T., Inf. 812/STF).

Em outro interessante precedente, o STF analisou a validade da penhora em bens de pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão desta pela União. Tratava-se do caso específico da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), sucedida pela União nos termos, da Lei nº 11.483/2007.

O Tribunal, ao julgar o caso específico, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 355 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "É válida a penhora em bens de pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão desta pela União, não devendo a execução prosseguir mediante precatório" (RE 693.112, j. 2017).

A distinção entre atividades sujeitas a monopólio e aquelas em regime de concorrência foi novamente reconhecida pelo pleno do STF: "é aplicável o regime de precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial" (ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2017, DJE de 2017).

11.12.14.3 Autarquias profissionais (autarquias corporativas ou corporações profissionais): Fiscalizam o exercício de profissões (exceto a OAB)

Conforme decidiu o STF, os conselhos de fiscalização profissional (conselhos de classe, como CREA, CRM, CRO etc., exceto a OAB, que será tratada no item seguinte) são classificados como autarquias (especiais ou *sui generis* – apesar de certo "desconforto" do Min. Barroso em assumir esse entendimento – voto oral proferido no julgamento do RE 938.837, j. 2017, criticando o "excesso de publicização e oficialismo da vida no Brasil"), não se confundindo com a noção de Fazenda Pública, devendo ser criados por Lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, exercendo, portanto, atividade tipicamente pública (art. 5º, XIII, e art. 21, XXIV, da CF/1988), no caso, a fiscalização do exercício profissional (RE 539.224, j. 2012, 1ª T.).

Por esse motivo, submetem-se às regras do concurso público para a contratação de seus servidores, nos termos do art. 37, II, da CF/1988 (RE 611.947 AgR, j. 2011, 2ª T.), e têm o dever de prestar contas ao TCU (MS 22.643, j. 1998, Plenário).

Ainda, o serviço de fiscalização de profissões regulamentadas, atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar (anuidades cobradas pelas entidades, caracterizando, portanto, o instituto da parafiscalidade[123]) e de punir, não pode ser delegado a entidades privadas, sob pena de se violar os art. 5º, XIII, art. 22, XVI, art. 21, XXIV, art. 70, parágrafo único, art. 149 e art. 175, da CF/1988 (ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 2002, Plenário, DJ de 2003).[124]

Isso posto, pergunta-se: diante de todas as regras estabelecidas pela jurisprudência da Suprema Corte, qual o entendimento em relação aos pagamentos devidos pelos referidos conselhos de fiscalização profissional em virtude de sentença judiciária transitada em julgado?

---

[123] Conforme tese fixada pelo STF, "é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, Lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos" (RE 838.284 e RE 704.292, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2016).

[124] Por esse motivo, o Plenário do STF declarou inconstitucional o art. 58, caput e § 1º ao § 8º, da Lei nº 9.649/1998, com exceção do § 3º, que foi tido como prejudicado nos termos da apreciação do pedido da medida cautelar.

O pleno do STF, por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin (Relator), apreciando o tema 877 da repercussão geral, fixou a seguinte tese sobre a matéria: "os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios" (RE 938.837, pleno STF, j. 2017, DJE de 2017).[125]

Os conselhos, "por não terem orçamento ou receberem aportes da União, não estão submetidos às regras constitucionais do capítulo de finanças públicas (art. 163 ao art. 169, da CF/1988), o que inviabiliza sua submissão ao regime de precatórios". Nesse sentido, "a inexistência de orçamento inviabiliza o cumprimento de uma série de regras dos precatórios, como a exigência de dotações orçamentárias específicas para este fim ou a consignação direta de créditos ao Poder Judiciário. Frisou, ainda, que, caso se entenda que os conselhos integram o conceito de fazenda pública, possíveis débitos dessas entidades autárquicas seriam automaticamente estendidos à fazenda pública federal", o que ensejaria um grave problema (Notícias STF de 2017).

Muito embora o STF tenha reconhecido a natureza de autarquia (no caso, especial), os conselhos de fiscalização profissional não podem ser confundidos com a Fazenda Pública e, assim, não haveria a possibilidade de interpretação extensiva da regra do precatório prevista no art. 100, da CF/1988, até porque essa modalidade de pagamento afronta a eficácia imediata das decisões judiciais transitadas em julgado, além de limitar o direito do credor, já que, como todos sabem, o regime de precatórios se mostra totalmente ineficaz, inaugurando uma insuportável "via-crúcis" para o recebimento dos créditos.

A expressão em destaque foi trazida pelo Min. Ayres Britto, ao prescrever que "a via-crúcis do precatório passou a conhecer uma nova estação, a configurar arrevesada espécie de terceiro turno processual-judiciário, ou, quando menos, processual-administrativo, com a agravante da não participação da contraparte privada. É como dizer: depois de todo um demorado processo judicial em que o administrado vê reconhecido seu direito de crédito contra a Fazenda Pública (muitas vezes de natureza alimentícia), esta poderá frustrar a satisfação do crédito afinal reconhecido" (ADI 4.357, j. 2013).

Diante do exposto e nos termos da decisão do STF proferida no RE 938.837, a cobrança de débitos dos referidos conselhos de fiscalização profissional deverá se implementar pela regra geral, no caso, pelo cumprimento de sentença, não se lhe aplicando o instituto do precatório.

---

[125] Esse, sem dúvida, o *leading case* sobre a matéria, ou seja, a primeira vez que a Corte enfrentou a discussão sobre a aplicação ou não da regra do precatório (nesse sentido de não ter o STF analisado o assunto, nem mesmo na ADI 1.717, cf. Rcl 4.645, Plenário, j. 2011).

11.12.14.4 O caso específico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Conforme interpretou o STF, a OAB não se sujeita aos ditames impostos à administração pública direta e indireta, não se caracterizando, portanto, como entidade da administração indireta da União (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006).

Assim, "a OAB não está sujeita a controle da Administração", sendo uma entidade autônoma e independente.

Segundo entendeu a Corte, a OAB é um "serviço público independente", "categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro" (para aprofundamento em relação ao tema, cf. item 12.4.1.3).

Em razão de todas essas características definidas pelo STF no julgamento da referida ADI 3.026, que inclusive a distinguiu dos demais conselhos de fiscalização profissional, apesar de o STF não ter, no julgamento do RE 938.837, tratado sobre o caso específico da OAB (cf. item 11.12.14.3, acima), também entendemos não haver a aplicação ao regime de precatórios.

A OAB, além de não se enquadrar como entidade da administração indireta – e esse entendimento jurisprudencial do STF já seria suficiente para afastar a regra do precatório – também não tem orçamento e não recebe aportes da União, o que enseja a não submissão às regras constitucionais do capítulo de finanças públicas (art. 163 ao art. 169, da CF/1988).

11.12.15 Intervenção federal ou estadual e não pagamento de precatórios

O desatendimento de um precatório (ordem judicial) por parte do Poder Público devedor poderá ensejar a intervenção federal nos Estados e Distrito Federal, ou Municípios localizados em Territórios Federais, ou estadual em seus Municípios, por preencher os requisitos dos art. 34, VI, e art. 35, IV, da CF/1988. Mas, observe-se, a nosso ver essa situação só se configurará quando não houver inclusão no orçamento da verba específica, já que, sendo esta incluída, caberá o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito e não, desde logo, a intervenção executiva.

No entanto, malgrado nosso entendimento, o STF, indeferindo pedido de intervenção, decidiu "... não configurado o descumprimento voluntário ou injustificado da decisão judicial por parte do Estado de São Paulo, haja vista a inexistência de recursos financeiros para tanto" (cf. Inf. 296/STF, 2003). Nesse sentido, caminha a jurisprudência do STF que deveria, agora, com o mínimo exigido pela EC nº 62/2009, ser modificada:

“EMENTA: O descumprimento voluntário e intencional de decisão transitada em julgado configura pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. A ausência de voluntariedade em não pagar precatórios, consubstanciada na insuficiência de recursos para satisfazer os créditos contra a Fazenda Estadual no prazo previsto no art. 100, § 5º, da CF/1988, não legitima a subtração temporária da autonomia estatal, mormente quando o ente público, apesar da exaustão do erário, vem sendo zeloso, na medida do possível, com suas obrigações derivadas de provimentos judiciais. Precedentes” (IF 1.917-AgR, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 2004, DJ de 2007).

“EMENTA: Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes” (IF 298, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2003, DJ de 2004).

“EMENTA: Intervenção Federal. Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido a insuficiência transitória de recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Precedentes. Não se justifica Decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros” (IF 5.101, IF 5.105, IF 5.106, IF 5.114, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2012, Plenário, DJE de 2012 e Inf. 660/STF).

11.13 Conselho Nacional de Justiça

11.13.1 Aspectos gerais e composição do CNJ

Conforme explica Ricardo Chimenti, “a Constituição Federal de 1967, na redação que lhe foi dada pela EC nº 07/1977, trazia o Conselho Nacional da Magistratura como órgão do Poder Judiciário. O órgão era composto por sete ministros do C. Supremo Tribunal Federal, escolhidos pelos próprios ministros, e sua atribuição era nitidamente correcional dos atos praticados pelos Magistrados em geral (art. 112 e art. 120, da CF/1967, na redação, da EC nº 07/1977). A da CF/1988 aboliu o Conselho Nacional da Magistratura e garantiu o autogoverno dos tribunais, os quais passaram a ter competência exclusiva para processar e

julgar seus Magistrados em casos de infrações disciplinares (ressalvada a possibilidade de o sancionado buscar respaldo nas vias judiciais)".[126]

A Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), por sua vez, institui o Conselho Nacional de Justiça, composto de 15 membros, com mandato de 2 anos, admitida uma recondução, tendo sido instalado em 2005.

Desses 15 membros, 9 pertencem à Magistratura, sendo, dentre os 6 externos, 2 do Ministério Público, 2 advogados e 2 cidadãos. Ou, ainda, 9 pertencem ao Judiciário, 4 às funções essenciais (2 membros do MP e 2 da Advocacia) e 2 à sociedade (cidadãos).

Assim, nos termos do art. 103-B, da CF/1988, compõem o CNJ:

• o Presidente do Supremo Tribunal Federal (EC nº 61/2009);

• um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

• um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

• um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

• um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

• um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

• um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

• um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

• um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

• um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

• um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

• dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

• dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A seguir, para facilitar a visualização e memorização, apresentamos quadro a demonstrar que dos 15 integrantes:

• STF – indica 2, além do Ministro Presidente, membro nato, totalizando 3 Conselheiros;

• STJ – indica 3;

• TST – indica 3;

• PGR – indica 2 (sendo que o membro do MPE deverá ser escolhido dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual);

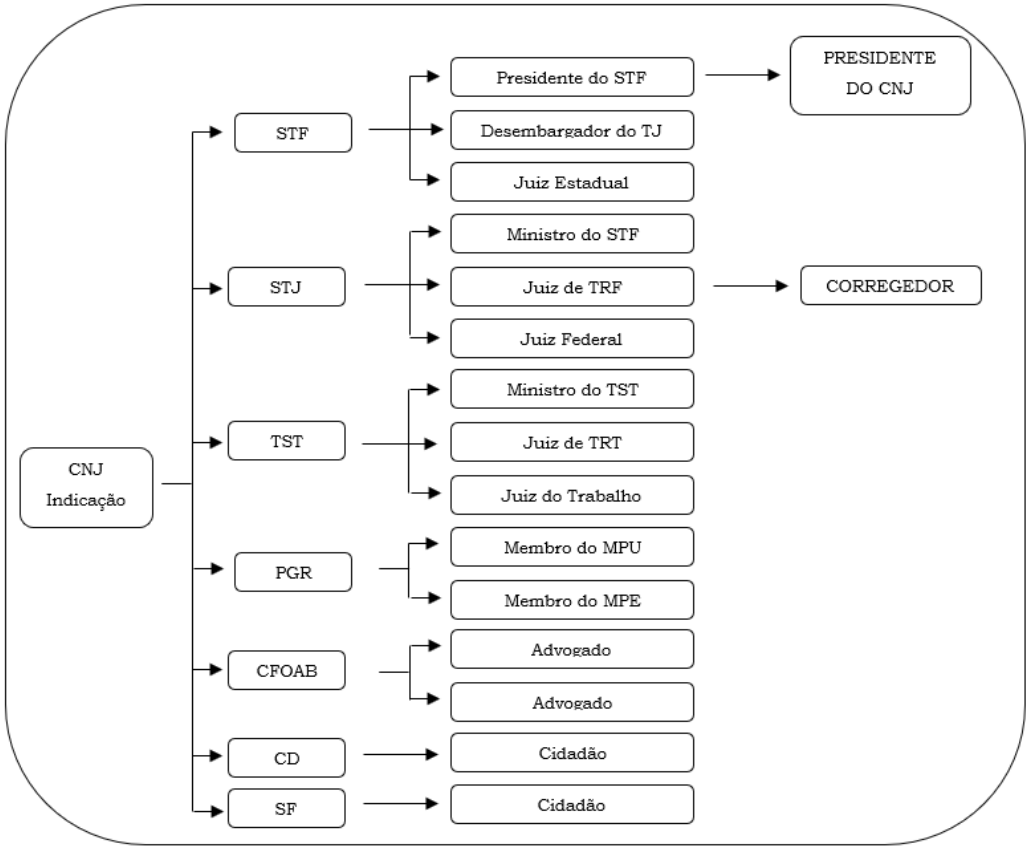
• CFOAB – indica 2;

• CD – indica 1;

---

[126] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário.*

• SF – indica 1.



11.13.2 Aperfeiçoamento do CNJ: EC nº 61/2009

A EC nº 61/2009, buscou aperfeiçoar o CNJ.

Ao modificar o art. 103-B, I, da CF/1988, deixou claro que o CNJ é composto, dentre os seus 15 membros, não por um Ministro do STF (como dizia a redação original, da EC nº 45/2004), mas pelo Ministro Presidente do STF.

Essa correção, qual seja, o Membro do CNJ não ser qualquer um dos 11 Ministros do STF, mas o seu Presidente (membro nato), prestigia a agilidade na prestação jurisdicional, pois evita que, supostamente, se o indicado para o CNJ não for o Presidente do STF, fiquem 2 Ministros excluídos da distribuição dos processos (na hipótese, o Presidente do STF pela Suprema Corte e o indicado para o CNJ em relação ao Conselho – art. 103-B, § 1º, da CF/1988 – em sua redação original), o que redundaria na complicada situação de apenas 9 efetivos julgadores no STF.

Transforma-se o Presidente do STF em um membro nato do CNJ, não tendo de ser sabatinado pelo Senado Federal, como se exigia anteriormente.

O art. 103-B, § 2º, da CF/1988, disciplina que apenas os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (sabatina). Assim, os Ministros do STJ, TST, enfim, todos os demais membros, exceto o Ministro Presidente do STF, enfatize-se, continuam sendo sabatinados pelo SF e nomeados pelo Presidente da República.

Ainda, a EC nº 61/2009 estabeleceu, nos termos do art. 103-B, § 1º, da CF/1988, que o Conselho será presidido pelo Presidente do STF e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do STF, e não mais por um Conselheiro por ele indicado, conforme constava na redação original do art. 23, I, do RI/CNJ.[127]

Dessa forma, sendo ocupada a presidência do CNJ por um Ministro do STF, na nova redação, pelo Ministro Presidente do STF, membro nato, a lógica é que a sua substituição (em caso de ausência, impedimento, afastamento, licença etc.) seja pelo Vice-Presidente do STF, e não por outro membro do CNJ, deixando a Presidência sempre atrelada ao órgão de cúpula do Judiciário, qual seja, o STF, e, assim, mantendo o caráter institucional da direção do CNJ (cf. MS 28.003, j. 2012, Plenário).

Outro ponto coerente, da EC nº 61/2009 foi a retirada do texto da restrição de idade para a composição do CNJ que, na redação original, trazida pela EC nº 45/2004, fixava idade mínima de 35 anos e máxima de 66 anos.

Agora, não há mais nenhuma restrição, exceto, é claro, aquela estabelecida para a ocupação originária de cada cargo. O objetivo é adequar-se à fixação de ser o Presidente do Conselho o Ministro Presidente do STF, pois é possível que este ocupe a presidência com mais de 66 anos, o que, pela redação original, o impediria de ocupar o CNJ. Ademais, conforme visto, os membros do CNJ exercem funções temporárias (mandato de 2 anos, admitida uma recondução). Nesse sentido, a Reforma do Judiciário não fixou limite mínimo ou máximo de idade para os membros do CNMP (art. 130-A, da CF/1988).

Por fim, a EC nº 61/2009 retira a previsão de que o Ministro do STF, que presidiria o Conselho, votaria apenas em caso de empate (voto de minerva) – antiga redação do art. 103-B, § 1º, da CF/1988, deixando essa matéria mais bem acomodada no Regimento Interno do CNJ, conforme consta em seu art. 5º (Res. nº 67/2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências).

11.13.3 Inexistência de regulamentação (critérios objetivos) para a indicação dos membros do CNJ

[127] Cabe observar que a Emenda Regimental nº 1/2010, alterou o RI/CNJ para se adequar à regra introduzida pela EC nº 61/2009. Assim, de acordo com a nova redação dada ao Regimento Interno: "Art. 23. Os Conselheiros serão substituídos em suas eventuais ausências e impedimentos: I – o Presidente do Conselho (que é o Min. Presidente do STF, acrescente-se), pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal" (nos exatos termos da regra prevista no art. 103-B, § 1º, da CF/1988). Porém, o art. 23, § 1º, do RI/CNJ estabelece que, no caso de ausência ou impedimento do Presidente do Conselho e do seu substituto, o Vice-Presidente do STF, substituirá o Presidente o Conselheiro por ele indicado. Com o máximo respeito, entendemos que essa regra de substituição em caso de impedimento do substituto do Presidente, que é o Vice-Presidente do STF (e, conforme visto, nem sequer faz parte da composição do CNJ), viola a Constituição. A intenção da reforma, buscando manter o caráter institucional da direção, a nosso ver, foi deixar a presidência do CNJ "nas mãos" de Ministro do STF, mesmo no caso de substituição, o que não se verificará na hipótese indicada na nova redação dada ao art. 23, § 1º, do RI/CNJ.

O constituinte reformador não previu um procedimento formal para a escolha dos membros do CNJ, nem mesmo regras específicas dos requisitos dos que serão indicados. A EC nº 45/2004 trouxe regras apenas sobre quem indica, mas não como indica e quais os critérios.

Consoante o que escrevemos em relação ao CNMP, por outro lado, cf. item 12.2.10.4, o art. 130-A, § 1º, da CF/1988, determinou que os membros do Conselho Nacional do Ministério Público oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma, da lei, no caso, da Lei nº 11.372/2006, existindo, assim, critérios mais objetivos e predefinidos (lembrando que essa definição de critérios, contudo, restringiu-se apenas aos membros do CNMP oriundos do Ministério Público).

Referida regulamentação não se direciona ao CNJ. Parece-nos prudente, contudo, que seja adotada também para a escolha dos membros do Conselho Nacional de Justiça oriundos do Ministério Público, especialmente em razão de seu caráter democrático, na medida em que se prevê a elaboração de lista tríplice por meio de participação dos membros da carreira em processo eletivo (cf. itens 12.2.10.2 e 12.2.10.3).

Retomando em relação ao Conselho Nacional de Justiça, o art. 103-B, XI, da CF/1988, dispõe que o membro do Ministério Público estadual integrante do CNJ será escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual. Mas de que forma se dá essa indicação?

Esse procedimento ainda não foi regulamentado por lei. Há, contudo, a edição do Ofício nº 14/2011-CNPG/PRES, de lavra do senhor Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, que adota as regras de formação da lista tríplice por eleição e todo o procedimento previsto para o CNMP nos termos da citada Lei nº 11.372/2006.

Para os demais membros do CNJ, não existem critérios normativos específicos.

Cabe destacar, em relação às vagas ocupadas por desembargador do TJ e por juiz estadual, sem haver critério objetivo, a edição da Res. nº 503/2013-STF, que estabeleceu um denominado "procedimento de escolha e indicação". Na verdade, e temos que reconhecer a definição de mecanismos de maior transparência, referida resolução prevê a publicação de edital e outras formas de comunicação fazendo "convite" para o encaminhamento de currículos dos interessados que serão colocados, pela Presidência, à disposição dos Ministros da Corte para a escolha em Sessão Administrativa, devendo a lista estar, também, à disposição do público.

Entendemos extremamente interessante a regulamentação do procedimento de escolha, ao menos com requisitos gerais mínimos, o que poderia ser feito por Lei do Congresso Nacional.

Finalmente, na medida em que os membros do CNJ (exceto o Presidente do STF) serão sabatinados pelo Senado Federal, o art. 5º da Res. nº 7/2005-SF estabelece que as indicações de nomes deverão ser acompanhadas de amplos esclarecimentos sobre o candidato e instruídas com os seguintes documentos, o que sinaliza, ao menos, algum parâmetro mínimo para a indicação:

• *curriculum vitae* do indicado no qual conste, detalhadamente, sua qualificação, formação acadêmica e experiência profissional;

• informação do indicado de que não é cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de membro ou servidor do Poder ou instituição responsável por sua indicação, salvo, no caso de servidor, se for ocupante de cargo de provimento efetivo e, observada esta condição, não servir junto à autoridade a que esteja vinculado pelo parentesco mencionado;

• declaração sobre eventual cumprimento de sanções criminais ou administrativo-disciplinares, bem como acerca da existência de procedimentos dessa natureza instaurados contra o indicado;

• declaração do indicado de que não é membro do Congresso Nacional, do Poder Legislativo dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de membro desses Poderes.

11.13.4 O CNJ é constitucional?

O STF, em diversos momentos, pronunciou-se pela impossibilidade da instituição do controle externo da Magistratura em âmbito estadual, sob pena de se configurar afronta à cláusula pétrea da separação de Poderes, de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (art. 96, art. 99 e art. 168 da CF/1988), como se depreende pelo julgamento do pleno na ADI 135/PB, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 1996, que considerou inconstitucional o art. da Constituição do Estado da Paraíba que previa a criação do Conselho Estadual de Justiça como órgão de controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário.

Esse *leading case* serviu de paradigma para outros julgamentos no mesmo sentido, todos declarando a inconstitucionalidade das Constituições Estaduais do Pará e do Mato Grosso, as quais instituíam, em âmbito estadual, o controle externo do Judiciário, por órgão de composição mista, respectivamente, nas ADI nº 137-0/PA e 98-5/MT.

Em 2003, o STF consagrou referido entendimento na S. 649, que tem o seguinte teor: “é inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades”.

Observa-se, então, que o STF repudia não só a interferência de outros Poderes ou entidades no controle do Judiciário como, também, qualquer atividade externa que atente contra a garantia de autogoverno dos Tribunais e a autonomia administrativa, financeira e orçamentária, prescritas nos art. 96, art. 99 e art. 168, da CF/1988, que, segundo fixou a Suprema Corte, são corolários do princípio da separação de Poderes, erigido, conforme já exposto, à categoria de cláusula pétrea pelo poder constituinte originário no art. 60, § 4º, III, da CF/1988, que nem sequer admite qualquer proposta tendente a aboli-lo.

Assim, malgrado esses pronunciamentos terem sido enunciados em apreciação do trabalho do poder constituinte derivado decorrente (o poder que os Estados-Membros têm de elaborar as suas próprias Constituições – art. 25, da CF/1988 c/c o art. 11, do ADCT), pela análise dos referidos votos, parecia que o mesmo entendimento poderia ser proferido em sede da efetiva manifestação do poder constituinte derivado reformador.

Embora muitas possam ser as propostas para o necessário Conselho Nacional da Magistratura – CNM (no caso, a Reforma do Judiciário vai preferir a nomenclatura Conselho Nacional de Justiça – CNJ), o que deve ser observado é a preservação das garantias de autogoverno e autonomia financeira, administrativa e orçamentária do Poder Judiciário, sob pena de se configurar emenda tendente a abolir a separação de Poderes, vedando-se, desta feita, a participação dos membros dos outros Poderes no controle da Magistratura.[128]

Ives Gandra da Silva Martins anotou que, "... mais do que uma questão de inconstitucionalidade – a meu ver, fere o art. 60, § 4º, III, e o art. 103-B, da EC nº 45/2004, no que concerne à participação de outros polos – trata-se de questão de incompatibilidade, esta transposição de um modelo de controle parlamentar para um país de perfil presidencial. É tornar um Poder Técnico, como é o Judiciário, em poder controlado politicamente, ou seja, sujeito a interpretações próprias de opções e oportunidades políticas, mais do que de soluções exclusivamente técnicas".[129]

Em 2004 foi ajuizada a ADI 3.367 pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, questionando a constitucionalidade do CNJ por afronta aos art. 2º e art. 18, da CF/1988, além de vício formal. Em 2005, o STF, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade, como também não conheceu da ação quanto ao art. 125, § 8º, da CF/1988. No mérito, o Tribunal, por maioria (7 x 4), julgou totalmente improcedente a ação,

---

[128] Conforme acentuado pelo IBDP em sede de conclusões, em primoroso trabalho de acompanhamento da Reforma do Judiciário, a oposição, na Câmara dos Deputados, considera inaceitável a composição do Conselho Nacional da Magistratura da maneira como apresentada na PEC, reivindicando a sua formação preponderantemente por pessoas alheias à Magistratura, a fim de dar-lhe verdadeira feição de controle externo, uma das razões, segundo o relatório do IBDP, que impediu a sua apreciação definitiva no ano de 1999. No entanto, como já exposto, o modelo vindicado pela oposição seria, fatalmente, declarado inconstitucional pelo STF, só se podendo falar em verdadeiro controle externo através da manifestação do poder constituinte originário, elaborando uma nova Constituição, este sim, ilimitado juridicamente, soberano na tomada de suas decisões, incondicionado. (Cf. CALMON FILHO, Petrônio: *Reforma constitucional do poder judiciário*.)

[129] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

considerando constitucional o Conselho Nacional de Justiça (vide Inf. 383/STF). O Conselho foi instalado no dia 14.06.2005, com a solenidade de posse de seus 15 integrantes.

A presença de não magistrados, segundo o STF, não viola a cláusula pétrea inserta no art. 60, § 4º, III, e art. 2º, da CF/1988 (separação de Poderes): "[...] Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente [...]".[130] Nesse particular, asseverou o Min. Relator: "pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder" (grifamos – Notícias STF, 2005).

Ainda, na linha da constitucionalidade do CNJ, podemos lembrar: a) o CNJ integra o Judiciário (art. 92, I-A, da CF/1988) e, com isso, afasta-se a combatida ideia de controle externo; b) em sua composição, os integrantes da Magistratura superam a maioria absoluta (em um total de 9, dentre 15 – art. 103-B, I ao XIII, da CF/1988); c) possibilidade de revisão das decisões do CNJ pelo STF (art. 102, I, "r", da CF/1988).

11.13.5 Atribuições do CNJ e o controle de suas decisões pelo STF (limites?)

11.13.5.1 Regras gerais

Nos termos do art. 103-B, § 4º, da CF/1988, compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

• zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

• zelar pela observância do art. 37, da CF/1988, e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

• receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços

[130] ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2005, DJ de 2006.

notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (EC nº 103/2019 – Reforma da Previdência);

• representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade;

• rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

• elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário. Dentro dessa perspectiva estabelecida na Constituição Federal, o art. 1.069, do CPC estabelece que o CNJ promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas no novo Código;

• elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Os diversos tipos de processos poderão ser registrados observando-se (art. 43, do RICNJ) as seguintes classes processuais: Inspeção; Correição; Sindicância; Reclamação Disciplinar; Processo Administrativo Disciplinar; Representação por Excesso de Prazo; Avocação; Revisão Disciplinar; Consulta; Procedimento de Controle Administrativo; Pedido de Providências; Arguição de Suspeição e Impedimento; Acompanhamento de Cumprimento de Decisão; Comissão; Restauração de Autos; Reclamação para Garantia das Decisões; Ato Normativo; Nota Técnica; Termo de Compromisso; Convênios e Contratos; Parecer de Mérito sobre Anteprojeto de lei.

Assim, pode-se afirmar que o CNJ busca contribuir para que a prestação jurisdicional seja efetiva, zelando, nos termos do art. 37, da CF/1988, pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conforme disponibilizado no site do CNJ, o trabalho compreende:

• planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias;

• modernização tecnológica do Judiciário;

• ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social;

• garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

As atribuições acima expostas e contidas no art. 103-B, § 4º, da CF/1988, foram bem esquematizadas no site do CNJ. Vejamos:

• política judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;

• gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;

• prestação de serviços ao cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado;

• moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa (redação adaptada pelo autor em razão da promulgação, da EC nº 103/2019 – Reforma da Previdência);

• eficiência dos serviços judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País".

11.13.5.2 O CNJ não exerce função jurisdicional

Observa-se, portanto, que o CNJ não exerce função jurisdicional e os seus atos poderão ser revistos pelo STF, orientação essa firmada no julgamento da ADI 3.367:

"Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, I, "r", e 103-B, § 4º, da CF/1988. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito" (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2005, DJ de 2006 – grifamos).

Dessa forma, por estarem as atribuições do CNJ restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos, pode-se afirmar ser o CNJ um órgão meramente administrativo (do Judiciário).

11.13.5.3 O CNJ tem atribuição para exercer o controle de constitucionalidade?

Não.

O tema tem gerado muita dúvida, na medida em que o STF, em 1963, editou a S. 347, com os seguintes dizeres: "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Conforme aprofundamos no item 6.4.2.4.3, a Corte vem fazendo uma profunda releitura da referida súmula, prescrevendo que os ditos "órgãos administrativos autônomos", sendo o CNJ um exemplo, assim como o CNMP e o TCU, não realizam controle de constitucionalidade, na medida em que não exercem jurisdição, estando esse entendimento consagrado no julgamento da Pet 4.656 (j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

Com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, referidos órgãos poderão afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição no caso concreto. Isso, contudo, não se confunde com o controle de constitucionalidade, nem mesmo com o afastamento da norma em abstrato.

O Min. Celso de Mello explica: "a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – "há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado" (RMS 8.372/CE, Rel. Min. Pedro Chaves, Plenário, j. 1961)".[131]

A Min. Cármen Lúcia, por sua vez, na 266ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 2018, explicitou a matéria, sendo muito firme com os Conselheiros: "o CNJ foi criado [...] como órgão administrativo. Não declara a inconstitucionalidade de norma nenhuma. O que nós decidimos – e aqui foi citado como precedente – foi que, se o fundamento da nomeação de um servidor no caso da Paraíba é uma Lei em desrespeito à Constituição, determinamos que o ato administrativo, que é da competência do Conselho, deixe de existir ou seja desfeito porque ou eu aplico a Lei e desrespeito a Constituição, ou eu aplico a Constituição quando o art. 103-B, § 4º, da CF/1988, prevê expressamente que o CNJ zela administrativamente. Isto aqui não é órgão judicial, não exerce jurisdição e não faz controle de constitucionalidade. Simples assim. E esta é uma matéria consolidada, explicitada, reiterada...".[132]

---

[131] Medida cautelar no MS 31.923, j. 2013, decisão monocrática. Apesar do precedente citado (Pet 4.656), que consagra o atual posicionamento em relação à matéria, o STF analisará o caso específico do TCU no MS 25.888 (pendente), havendo grande expectativa de manutenção do entendimento exposto e que está aprofundado no mencionado item 6.4.2.4.3, de indispensável leitura.

[132] Transcrição da manifestação da Ministra na sessão. O precedente citado refere-se à Pet 4.656, acima indicada.

11.13.5.4 STF: Órgão de cúpula jurisdicional e órgão de cúpula administrativa, financeira e disciplinar (amplitude)

O STF, por sua vez, além de ser órgão de cúpula jurisdicional e nacional do Judiciário brasileiro, apresenta-se, a partir, da EC nº 45/2004, também, como órgão de cúpula administrativa, financeira e de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (disciplinar), já que, nos termos do art. 102, I, "r", da CF/1988, todas as decisões do CNJ serão passíveis de revisão pelo STF.

Resta saber qual a amplitude de análise pelo STF. Poderá haver revisão do mérito administrativo?

O tema precisa ser mais bem definido. Uma constatação, contudo, já é certa, qual seja, não poder funcionar o STF como mera sede recursal dos atos do CNJ. Segundo o Min. Sepúlveda Pertence, busca-se "não converter a Corte, por meio do mandado de segurança, em verdadeira instância ordinária de revisão de toda e qualquer decisão do Conselho" (MS 26.710-QO/DF e MS 26.749-QO/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2007, Inf. 474/STF) (matéria pendente de julgamento pelo STF, apesar de ambos os MSs com pedido de desistência homologado).

Aliás, de acordo com o art. 115, § 6º, do RICNJ, dos atos e decisões do pleno do Conselho não cabe recurso (na sede administrativa), e sim revisão pelo STF (art. 102, I, "r", da CF/1988), conforme visto. Nesse sentido, o art. 106 do RICNJ, na redação dada pela ER nº 1/2010, estabelece: "o CNJ determinará à autoridade recalcitrante, sob as cominações do disposto no art. anterior, o imediato cumprimento de decisão ou ato seu, quando impugnado perante outro juízo que não o STF"; mas, retome-se, qual a amplitude dessas revisões?

Parece ter razão o Min. Gilmar Mendes, em voto monocrático, quando afirma que "a ordem constitucional assegura ao Conselho Nacional de Justiça espectro de poder suficiente para o exercício de suas competências (art. 103-B, da CF/1988), não podendo esta Corte substituí-lo no exame discricionário dos motivos determinantes de suas decisões, quando estas não ultrapassem os limites da legalidade e da razoabilidade". Assim, referidos limites podem, nessa primeira análise, orientar a atuação do STF no cumprimento da competência fixada no art. 102, I, "r", da CF/1988 (MS 26.209/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2006, DJ de 2006, tendo sido negado seguimento ao MS e, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar. Houve interposição de agravo regimental a que se negou provimento).

11.13.5.5 O STF não deve ser considerado mera instância ordinária revisora das decisões administrativas do CNJ

A competência originária do STF para analisar atos do CNJ (art. 102, I, "r", da CF/1988) está intimamente relacionada à qualidade do referido ato administrativo, devendo haver inovação na ordem jurídica.

Isso porque, em nosso entender, se o CNJ não inovar a ordem jurídica, não poderemos considerar o ato do CNJ, que nada decidiu, passível de ataque.

Explicamos: vamos imaginar que o ato contestado no CNJ seja, por exemplo, emanado de determinado tribunal inferior que não nomeou candidatos aprovados em concurso público e que foram convocados para exames admissionais.

Se o CNJ também entender no sentido da inexistência do direito líquido e certo à nomeação, simplesmente confirmando (mantendo) a decisão do tribunal inferior, não podemos dizer que o ato do CNJ é o ato coator, novo e passível de ataque. Na verdade, no caso citado, o CNJ apenas confirmou decisão de Presidente de Tribunal que não nomeou candidatos aprovados em determinado certame. Trata-se de deliberação negativa que não substituiu ou desconstituiu o ato originalmente contestado.

Assim, eventual mandado de segurança, no exemplo, não poderá ser originário no STF, sob pena de se caracterizar acesso *per saltum* à Suprema Corte e combatida supressão de instância (cf. MS 27.026, MS 28.133-AgR, MS 28.549-AgR, MS 27.148-AgR, MS 28.202-AgR, MS 29.118-AgR e MS 32.729).

11.13.6 O CNJ tem controle da função jurisdicional do Judiciário?

Ou, em outras palavras, pode o CNJ rever as decisões dos magistrados no âmbito do processo?

Não. Como visto, a competência do CNJ restringe-se ao âmbito administrativo, não podendo adentrar na análise dos atos jurisdicionais, nem rever o conteúdo da decisão judicial. Para tanto, a parte deve valer-se dos meios processuais estabelecidos pelo sistema recursal.

Nesse sentido, posiciona-se o STF: "[...] Conselho Nacional de Justiça: competência restrita ao controle de atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos" (MS 25.879-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2003, DJ de 2006).

Ou, ainda: "[...] não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça – embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário – qualifica-se como órgão de caráter administrativo, não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais [...]" (CNJ – Natureza Jurídica – Controle da Função Jurisdicional – Inadmissibilidade – MS 27.148-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2008, DJE de 2008 – íntegra no Inf. 507/STF.) (A liminar foi confirmada, j. 2010, decisão monocrática, DJE de 2010 – íntegra no Inf. 589/STF.)

11.13.7 Corregedoria Nacional de Justiça e Ministro-Corregedor do CNJ

A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, será dirigida pelo Corregedor Nacional de Justiça.

O art. 103-B, § 5º, da CF/1988, dispõe que o Ministro do STJ exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no âmbito de seu Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

• receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

• exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

• requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

11.13.8 O CNJ, no exercício de suas atribuições correcionais, atua originariamente (primariamente) e concorrentemente com as Corregedorias dos tribunais

Cabe lembrar a edição da Res. nº 135/2011-CNJ, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, além de dar outras providências.

Em 2011, foi ajuizada a ADI 4.638, pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, questionando diversos dispositivos do ato.

Entre tantas discussões, está a suposta colisão entre a atribuição correcional do CNJ e a atuação das corregedorias locais dos Tribunais.

Em 2011, o Min. Marco Aurélio deferiu, em parte, o pedido de medida liminar e, dentre vários assuntos, deu interpretação conforme ao art. 12, caput, da Res. nº 135/2011-CNJ, para estabelecer a competência subsidiária do CNJ em âmbito disciplinar (Notícias STF, 2011).

O art. 12, caput, da Res. nº 135/2011-CNJ prescreve que, para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

O pleno do STF, por 6 x 5, em 2012, não referendou a citada liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, que havia suspendido a vigência do referido dispositivo.

Dessa forma, de acordo com a decisão, a regra do art. 12, da Res. nº 135/2011-CNJ é autoaplicável e, portanto, o CNJ, no exercício de suas atribuições correcionais, atua originariamente (primariamente) e concorrentemente com as Corregedorias dos tribunais, podendo, assim, instaurar, independentemente da atuação das Corregedorias locais, procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos magistrados, bem como, após o devido processamento e observado o contraditório e a ampla defesa, aplicar as penalidades previstas na lei.[133]

11.13.9 Prerrogativa de foro

Outra regra interessante está prevista no art. 52, II, da CF/1988, modificado pela EC nº 45/2004, que amplia as hipóteses de julgamento de crime de responsabilidade pelo SF, fazendo incluir os membros do Conselho Nacional de Justiça.

Então, se perguntarem se um juiz estadual ou um cidadão podem cometer crime de responsabilidade, a resposta será afirmativa desde que seja membro do Conselho Nacional de Justiça.

E as infrações penais comuns?

A EC nº 45/2004 não estabeleceu nenhuma regra. Quando aprovada a "PEC Paralela da Reforma do Judiciário" (PEC nº 29-A/2000-SF e PEC nº 358/2005-CD), a competência passará a ser do STF (nova redação a ser dada ao art. 102, I, "b", da CF/1988).

Diante do atual silêncio, então, que órgão teria competência para processar e julgar a infração penal comum praticada por membro do CNJ?

A infração penal comum, eventualmente praticada por membro do CNJ, será apurada seguindo a regra individual, inclusive de prerrogativa de função se houver, de cada membro. Assim, se, supostamente, o ato for praticado por Ministro do STJ, a competência será do STF (art. 102, I, "c", da CF/1988), se por Juiz de Direito Estadual, do TJ, art. 96, III, da CF/1988, com a ressalva do crime eleitoral etc. (cf. esquematização no item 10.4.14).

11.13.10 Outras regras sobre o CNJ

Sem ter a previsão de participação como membros, o art. 103-B, § 6º, da CF/1988, dispõe que junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB.

---

[133] A ADI 4.638 trata de vários assuntos contidos na citada Res. nº 135/2011-CNJ. Destacamos apenas a questão concreta do art. 12, da Res. nº 135/2011-CNJ. Sugerimos a leitura de referida resolução e as informações sobre o resultado do julgamento em Infs. 653 e 654/STF e Notícias STF de 2012 (o acórdão foi publicado no DJE de 2014).

Nesse particular, consoante decidiu o STF, "... ainda que disponha o art. 103-B, § 6º, da CF/1988, que "junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil", a ausência destes às sessões do Conselho não importa em nulidade das mesmas" (MS 25.879-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006).

Como maneira de cumprir todas as atribuições previstas, o art. 103-B, § 7º, da CF/1988, estabelece que a União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho, com sede na Capital Federal (Brasília), foi alocado como órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A, da CF/1988) e tem atuação em todo o território nacional.

Sobre importante desdobramento do princípio do contraditório e da ampla defesa no tocante à intimação pessoal de terceiros em PCAs, cf. item 14.10.29.5.

Por fim, no exercício de suas atribuições constitucionais, o CNJ vem editando resoluções, sendo que algumas já foram reconhecidas pelo STF como atos normativos primários, procedendo-se à inovação da ordem jurídica a partir de parâmetros constitucionais e, assim, sobre elas, admitindo-se a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADI genérica (cf. item 6.7.1.2.17).

11.14 Súmula Vinculante

11.14.1 Duas realidades: A morosidade da Justiça e as teses jurídicas repetitivas

A morosidade da Justiça, amplamente conhecida e criticada, apresenta-se como uma das grandes mazelas do Judiciário deste começo de novo século.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, para se ter um exemplo, convivia-se com um inconcebível "tempo morto" de até 5 anos para distribuir um único recurso de apelação, apesar de a tese decidida pelo juízo monocrático (e aguardando distribuição para nova apreciação pelo Tribunal) já estar pacificada no STF.

Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal pátrio, bem como as diversas causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte, vem contribuindo para agravar a chamada "crise da Justiça".

A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida,

estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a Lei deve ter aplicação e interpretação uniformes.

Nesse sentido, o art. 926, CPC (Lei nº 13.105/2015), estabeleceu que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Sem dúvida, o legislador conferiu um sentido bastante técnico a esses vetores principiológicos a partir de uma concepção de dignidade da pessoa humana, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, CPC) (cf. item 6.6.5.6).

11.14.2 As "famílias" do direito

Em importante obra, René David procurou agrupar os direitos em "famílias" como técnica "... para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo".[134]

Assim, é possível identificar: a) família romano-germânica; b) família da *common law*; c) família dos direitos socialistas; d) outras acepções da ordem social e do direito, sendo, segundo René David, o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do Extremo Oriente e os direitos da África e de Madagascar.

Essa divisão em famílias, muito embora a sua utilidade, vem sendo posta em dúvida, sobretudo pelos processualistas, tendo em vista as diferenças entre os vários sistemas processuais.

Apesar da crítica, podemos valer-nos de dois grandes "modelos" para o estudo da súmula vinculante: a) modelo do direito codificado continental (*civil law*); b) modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*).

Como anotou Tavares, "há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o modelo codificado (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei...".[135]

E continua Tavares: "o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como

---

[134] DAVID, René: *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.*
[135] TAVARES, André Ramos: *Nova Lei da súmula vinculante.*

fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira)".[136]

11.14.3 Influência do *stare decisis* da família da *common law*

Podemos afirmar, então, que, embora com as suas particularidades, o instituto do *stare decisis* influenciou a criação da súmula vinculante do direito brasileiro.

Segundo Agra, "... o sistema do c*ommon law*, de tradição anglo-saxônica, onde prepondera o *stare decisis* (*et quieta non movere*), o precedente judiciário é fonte de direito, isto é, detém valor normativo".[137]

Fala-se, então, em "*stare decisis et quieta non movere*", ou seja, "mantenha-se a decisão e não se perturbe (se altere) o que foi decidido", apesar de o precedente não ser de aplicação absoluta.[138]

Nesse sentido, para evitar o risco da instabilidade (já que os juízes poderiam decidir de maneira divergente, criando várias leis contraditórias), estabeleceu-se o instituto dos precedentes, devendo todos os demais juízes julgar conforme o decidido no caso concreto e pelo órgão hierárquico superior.

Anotam Sormani e Santander ao analisar o caso particular do sistema norte-americano, que "... a descentralização do Judiciário, própria do federalismo, e a importância atribuída às decisões judiciais por força do *judicial review* exigiram para a funcionalidade do sistema a adoção do efeito vinculante aos precedentes judiciais".[139]

11.14.4 Influência da Alemanha e da Áustria

Podemos asseverar, ainda, que a súmula vinculante também encontra antecedentes na Alemanha, cujo sistema concentrado de controle de constitucionalidade já havia influenciado

---

[136] TAVARES, André Ramos: *Nova Lei da súmula vinculante*.

[137] AGRA, Walber de Moura: *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal*.

[138] Roger Stiefelmann Leal, comparando o efeito vinculante e o *stare decisis*, observa que "... o efeito vinculante impõe liame de caráter obrigatório, paranormativo, aos órgãos e poderes que se aplica. No caso do *stare decisis*, embora se fale em vinculação dos precedentes (*binding precedents*), aos juízes inferiores se reconhecem mecanismos para sua insubordinada superação (*overruling*). Assim, cabe aos demais órgãos do Poder Judiciário, mediante técnicas decisórias específicas – tais como a superação antecipada (*antecipatory overruling*) ou superação implícita – desgarrarem-se dos precedentes da Suprema Corte e decidirem casos de maneira diversa" (LEAL, Roger Stiefelmann: *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*). Nessa mesma linha de superação do precedente pelo *trial judge*, citando Charles D. Cole, cf. MUSCARI, Marco Antônio Botto: *Súmula vinculante*. Nessa linha, segundo Silvio Nazareno Costa, o precedente pode ser afastado pelo juiz na hipótese em que a sua aplicação acarrete "clara injustiça", ou implique "incompatibilidade legal absoluta (na hipótese de precedente baseado em Lei revogada ou modificada)", ou "constitua irracionalidade evidente" (MUSCARI, Marco Antônio Botto: *Súmula vinculante*.).

[139] SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis: *Súmula vinculante*.

o estabelecimento da ação declaratória de constitucionalidade introduzida pela EC nº 3/1993.

Na lição de Gilmar Mendes, o § 31, nº 1 e nº 2, da Lei do Bundesverfassungsgericht confere força de Lei e efeito vinculante às decisões do Tribunal. A vinculação também decorre, da Lei fundamental.[140]

Em igual medida, destacamos o art. 140, nº 7, da Constituição da Áustria, que fixa o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administrativos.

11.14.5 A influência do direito português

Usando a expressão "força obrigatória geral", o art. 282, nº 1, da Constituição portuguesa de 1976 consagra a ideia de vinculação geral e de força de Lei (semelhante à lei) decorrente das decisões do Tribunal Constitucional no controle abstrato, o que, sem dúvida, também influenciou o direito brasileiro.[141]

11.14.6 A evolução do "direito sumular" no Brasil (fase colonial – influência do direito português)

Pode-se afirmar que, na fase colonial, as Ordenações Afonsinas não conheceram nenhum instituto de vinculação, que somente apareceu, em 1521, com as Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, § 1º) por meio da instituição dos "assentos".

As Ordenações Filipinas, aperfeiçoando, criaram o instituto dos "Assentos da Casa de Suplicação", com força vinculativa (Livro I, Título 5, § 5º).

Como sustenta Cármen Lúcia, "os antecedentes portugueses do Direito brasileiro é que por primeiro dão notícia dos assentos, que eram firmados pela Casa da Suplicação, nos termos das Ordenações Manuelinas, com a finalidade precípua de extinguir dúvidas jurídicas suscitadas em causas submetidas a julgamento. As soluções dadas aos casos que se constituíssem objeto de dúvida por aquela Casa e definidas nos assentos convertiam-se em normas, tendo sido adotada essa figura pelas Ordenações Filipinas. Se entre os juízes da Casa de Suplicação não se chegasse a uma deliberação quanto à dúvida, em razão de sua extensão a todos eles, a matéria seria encaminhada para a solução do Rei, que a sanaria mediante lei, alvará ou decreto".[142]

---

[140] MENDES, Gilmar Ferreira: *Jurisdição constitucional*. Sobre a influência da Constituição de Weimar no surgimento do controle abstrato, cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Ação declaratória de constitucionalidade*. Sobre o efeito vinculante no modelo germânico. Destacamos, ainda, a tendência alemã a atribuir o efeito vinculante não só ao dispositivo da sentença como, também, aos fundamentos determinantes (tragende Gründe) (MENDES, Gilmar Ferreira: *Jurisdição constitucional*).

[141] Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J Gomes*: Direito constitucional e teoria da Constituição.*

[142] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: *Sobre a súmula vinculante.* Cf., ainda, MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.*

Em seguida, a denominada "Lei da Boa Razão", de 1769, excluiu a possibilidade de assentos pelos Tribunais do Rio de Janeiro e da Bahia.

O Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 1808, por seu turno, instituiu a "Casa da Suplicação do Brasil", restabelecendo a prática dos assentos.

11.14.7 A evolução do "direito sumular" no Brasil (após a independência)

A Lei nº 5/1823, manteve em vigor as Ordenações Filipinas.

Posteriormente, a Lei nº 18/1828, criou o Supremo Tribunal de Justiça (1829 –1891) e, em seu art. 19, da Lei nº 18/1828 estabeleceu interessante procedimento para a uniformização da legislação.[143]

O DL nº 2.684/1875, regulamentado pelo Decreto nº 6.142/1876, deu força de lei, no Império, aos assentos da Casa da Suplicação de Lisboa, bem como competência para o Supremo Tribunal de Justiça tomar outros, também com força de lei, até que fossem derrogados pelo Poder Legislativo.

A Constituição da República de 1891 extinguiu, definitivamente, a prática dos assentos, apesar da posterior previsão dos prejulgados noart. 861 do CPC/1939 e no art. 902, § 4º, da CLT/1943 (cujo § 4º determinava que, uma vez estabelecido o prejulgado pela Câmara de Justiça do Trabalho, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo).

Por influência do então Ministro do STF Victor Nunes Leal, instituiu-se a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de Emenda Regimental de 1963, aprovando-se os primeiros 370 enunciados.

Segundo relatou em palestra proferida em Belo Horizonte em 1964, a súmula atende a vários objetivos: "é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas".[144]

Ainda, como bem anota, "... razões pragmáticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não

---

[143] "Art. 19. O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos ao Governo uma relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre que a experiência tiver mostrado vício, ineficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente."

[144] V. LEAL, Vitor Nunes: *Atualidades do supremo tribunal*.

compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo natural anseio de segurança".[145]

Cabe alertar, no entanto, que referidas súmulas não têm caráter vinculante, mas, simplesmente, persuasivo. Posteriormente, nessa escalada evolutiva, destaca-se a instituição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela CF/1988, instalado em 1989 pela Lei nº 7.746/1989 e, nos mesmos termos do STF, com a possibilidade de editar súmulas orientando o posicionamento do Tribunal em relação a determinados assuntos, sem, contudo, caráter vinculante.

Finalmente, a EC nº 45/2004 introduziu no direito brasileiro a súmula vinculante, que foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006.

11.14.8 Prenúncios da súmula vinculante em âmbito constitucional

A valorização substancial dos precedentes, em âmbito constitucional, decorre do efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública tendo em vista a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (em razão do caráter dúplice ou ambivalente das ações constitucionais) proferida no controle concentrado (art. 102, § 2º, da CF/1988 e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 – Rcl – Agr-QO 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2002, e Inf. 289/STF, 2002).

Essa tendência é resgatada pelo legislador da Reforma do Judiciário ao ampliar o efeito vinculante que já era previsto na ADC para a ADI, modificando a redação do art. 102, § 2º, da CF/1988, nos seguintes termos:

"as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

11.14.9 Prenúncios da súmula vinculante no âmbito do direito processual civil

Alfredo Buzaid apresentou, seguindo o exemplo do art. 861 do CPC/1939, a figura dos assentos vinculantes no Projeto de Código de Processo Civil, na década de 1970.

Como se sabe, no CPC/1973 ("Código Buzaidiano"), a ideia não foi aceita, limitando-se o Código, em seu art. 476, do CPC/1973, a tratar "da uniformização da jurisprudência".

---

[145] V. LEAL, Vitor Nunes: *Atualidades do supremo tribunal*.

Entretanto, especialmente por meio das chamadas minirreformas ao Código Buzaidiano de 1973, o legislador aumentou o poder decisório dos relatores e a "vinculação" sugestiva decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados nos tribunais superiores, o que se observava, dentre outros, pelos seguintes artigos do revogado CPC/1973: 120, parágrafo único, art. 285-A, caput, art. 475, § 3º, art. 475-L, § 1º, art. 741, parágrafo único[146], art. 479, art. 481, parágrafo único, art. 518, § 1º, art. 544, § 3º e § 4º, art. 555, § 1º, art. 557, caput e 557, § 1º-A, do CPC/1973.

Essa orientação foi mantida e potencializada no CPC, cujo art. 926, CPC, estabeleceu ser dever dos tribunais uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (para uma análise dessa inegável valorização dos precedentes e sua correspondência com o CPC/1973, cf. item 6.6.5.6).

11.14.10 Os contornos da súmula vinculante na EC nº 45/2004

O art. 103-A, da CF/1988, traz as seguintes regras quanto à súmula vinculante:

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

---

[146] O STF, no julgamento da ADI 2.418, por 10 x 1, vencido o Min. Marco Aurélio, julgou improcedentes os pedidos nela formulados e, assim, declarou a constitucionalidade do art. 741, parágrafo único e do art. 475-L, § 1º, do CPC/1973, bem como dos correspondentes dispositivos, do CPC, o art. 525, § 1º, III, § 12 e § 14, e o art. 535, § 5º, do CPC. No mesmo sentido, manifestou-se a Corte em plenário virtual, por 9 x 2, no julgamento da ADI 3.740 (j. 2019).

O instituto da súmula vinculante, inicialmente estendido para os Tribunais Superiores (art. 105-A e art. 112-A, da CF/1988), foi retirado pela CCJ do Senado, permanecendo a regra exclusivamente para o STF. A matéria que voltou para a CD ("PEC Paralela do Judiciário") fixa a possibilidade de edição de súmula impeditiva de recurso, mas este é outro tema que ainda depende de aprovação em 2 turnos pela Câmara dos Deputados.

Podemos, então, esquematizar, em ordem crescente de "vinculação", as modalidades de súmulas que o direito brasileiro atualmente consagra:

• súmula persuasiva: súmula sem vinculação, indicando simplesmente o entendimento pacificado do tribunal sobre a matéria. Atualmente, todos os tribunais a estabelecem. O impacto, no entanto, é meramente processual e indicativo, por exemplo, o julgamento monocrático pelo relator nos tribunais (art. 557, § 1º-A, do CPC/1973, com correspondência no art. 932, IV e V, CPC);

• súmula impeditiva de recursos: introduzida pela Lei nº 11.276/2006, nos termos do art. 518, § 1º, do CPC/1973, determina mais um requisito de admissibilidade do recurso de apelação, qual seja, a sentença de primeira instância não estar em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Se a decisão estiver nos termos de seu sentido exato, todo e qualquer recurso ficará "barrado". Como visto, a "PEC Paralela de Reforma do Poder Judiciário", que ainda precisa ser aprovada, prevê a súmula impeditiva de recursos para o STJ e o TST, o que ampliará a regra que hoje se limita ao recurso de apelação. Ainda, devemos observar que, no art. 1.011, I, c/c o art. 932, IV, do CPC, a admissibilidade negativa é transferida para o Relator no Tribunal, e não mais para o juízo *a quo* que proferiu a sentença, podendo decidir monocraticamente (no Novo Código, não há mais juízo de admissibilidade pelo juiz que proferiu a sentença – art. 1.010, § 3º, CPC). Nesse sentido, o Relator poderá negar provimento ao recurso que for contrário a súmula do STF ou do STJ; acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetidos; incidente firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência;

• súmula de repercussão geral (também impeditiva de recurso): como vimos, o art. 102, § 3º, da CF/1988 foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que, acrescentando o art. 543-A, e § 7º, do CPC/1973, estabeleceu a súmula de repercussão geral, que também será impeditiva de recurso (mas restrita ao recurso extraordinário), já que, uma vez firmada a tese de que o fundamento jurídico não apresenta repercussão geral, nenhum recurso extraordinário será conhecido, devendo ser considerado automaticamente não admitido. Essa perspectiva foi mantida no art. 1.035 e art. 1.036 CPC;

• súmula vinculante: introduzida pela EC nº 45/2004 – instrumento exclusivo do STF, o enunciado de súmula vinculante, uma vez editado, produz efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. A medida foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006.

11.14.11 As regras trazidas pela Lei nº 11.417/2006 – súmula vinculante

11.14.11.1 Competência

O STF, de ofício ou mediante provocação, é o exclusivo tribunal competente para a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

11.14.11.2 Objeto

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.

11.14.11.3 Requisitos para a edição

Devem existir reiteradas decisões sobre matéria constitucional em relação a normas acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

11.14.11.4 Legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante

Como vimos, além de o STF poder, de ofício, editar, rever ou cancelar súmula vinculante, o processo poderá ser, também, iniciado mediante provocação.

O art. 103-A, § 2º, da CF/1988 dispõe que, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ou seja, aqueles previstos no art. 103, I ao IX, da CF/1988, que são os mesmos que podem propor a ADC, a ADPF e a ADO.

Nesse sentido, a Lei nº 11.417/2006 previu tanto os legitimados autônomos como os incidentais.

De forma autônoma, sem a necessidade de ter um processo em andamento, são legitimados (cf. o art. 3º, da Lei nº 11.417/2006) os mesmos da ADI, previstos no art. 103 e art. 103-A, § 2º, da CF/1988, bem como, e acrescentando, o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os TJs dos Estados ou do DF e Territórios, os TRFs, os TRTs, os TREs e os Tribunais Militares.

De modo interessante, o legislador ampliou os legitimados da ADI, incluindo o Defensor Público-Geral da União e os tribunais, todos. Mas cuidado: quando falamos "tribunais", são apenas aqueles estabelecidos como órgãos do Poder Judiciário (art. 92, da CF/1988), não incluindo, portanto, os Tribunais de Contas (da União, dos Estados e dos Municípios, esses onde houver, conforme o art. 31, § 1º, da CF/1988).

Os Municípios também passaram a ter legitimação ativa, porém como legitimados incidentais. Isso porque, conforme o art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006, os Municípios só poderão propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante incidentalmente ao curso de processo em que sejam parte, o que, contudo, não autoriza a suspensão dos referidos processos.[147]

Também pensamos, apesar do silêncio normativo, que a jurisprudência estabelecida pelo STF sobre a necessidade de demonstrar pertinência temática também deva aqui ser observada como requisito formal (art. 103, IV, V e IX, da CF/1988 e, em relação aos legitimados ampliados pela lei, os tribunais, assim como os Municípios – proposta pendente de apreciação pelo STF). Isso porque os efeitos da edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante aproximam-se dos efeitos do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Finalmente, cabe alertar que, conforme tem decidido o STF, até dentro da ideia de estabilidade da jurisprudência (art. 926, caput, CPC) e em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, CPC), para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante já editada, é necessária a evidenciação de uma ou mais situações específicas, a saber:

- superação da jurisprudência pelo próprio STF;
- alteração legislativa; ou
- modificação substantiva de contexto político, econômico ou social.

Consequentemente, "o mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo de verbete vinculante não propicia a reabertura das discussões que lhe originaram a edição e cujos fundamentos já foram debatidos à exaustão por esta Suprema Corte" (cf. PSV 13 – SV 11; PSV 54 – SV 25 e PSV 58 – SV 5).

11.14.11.5 Procedimento

[147] Segundo o Relatório nº 1/2006 da Comissão Mista Especial para a Reforma do Judiciário, "esse tratamento diferenciado se dá porque há o risco de inviabilização dos trabalhos do STF se for aberta a possibilidade de propositura de medidas autônomas por municípios (mais de 5.000, atualmente) (...). Neste caso, a autorização legal para que requeiram incidentalmente a edição de súmulas vinculantes, cria um filtro, e não os alija totalmente do processo". Apenas a título de curiosidade, lembramos que, segundo o Censo 2016 (IBGE), o Brasil tem 5.570 municípios.

O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, além das regras contidas na CF/1988 e na Lei nº 11.417/2006, ao disposto no Regimento Interno do STF.

Para tanto, a ER nº 46/2011 acresceu os art. 354-A ao art. 354-G ao RISTF, regulamentando o procedimento, que passamos a reproduzir.

Observamos que a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante seguem um rito próprio e específico, não se admitindo a interposição de recurso extraordinário para esse fim, nem mesmo a utilização da ADI ou da ADPF.

Isso não impede que a Suprema Corte, a partir de certo julgamento, proponha, preenchidos os requisitos constitucionais, a edição, a revisão ou o cancelamento de determinado enunciado.

O art. 354-E do RISTF permite que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante verse sobre questão com repercussão geral reconhecida, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal pleno na mesma sessão.

Pois bem, avançando o regramento regimental, recebendo a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, a Secretaria Judiciária a autuará e registrará ao Presidente, para apreciação, no prazo de 5 dias, quanto à adequação formal da proposta.

Dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006, que, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros (*amicus curiae*) na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o art. 354-B do RISTF, verificado o atendimento dos requisitos formais, a Secretaria Judiciária publicará edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 dias, encaminhando a seguir os autos ao Procurador-Geral da República para manifestação, salvo, conforme estabelece o art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006, nas propostas que houver formulado.

Devolvidos os autos com a manifestação do Procurador-Geral da República, o Presidente submeterá as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de 15 dias; decorrido o prazo, a proposta, com ou sem manifestação, será submetida, também por meio eletrônico, aos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum, sendo que, ao final, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Plenário, mediante inclusão em pauta.

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula, com efeito vinculante, dependerão de decisão tomada por pelo menos 2/3 dos membros do STF, em sessão plenária, manifestando-se no mesmo sentido pelo menos 8 dos 11 Ministros.

No prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o STF fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça Eletrônico e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

O teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterá cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico.

Nos termos do art. 6º, da Lei nº 11.417/2006, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Por derradeiro, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica, e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF.

11.14.11.6 Efeitos da súmula

A partir da publicação do enunciado da súmula na Imprensa Oficial, ela terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Assim, a vinculação repercute somente em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário, não atingindo o Legislativo no exercício de sua função típica de legislar (nem o Executivo ao exercer a função atípica normativa, quando, por exemplo, edita medida provisória), sob pena de se configurar o "inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição", conforme anotado pelo Ministro Peluso na análise dos efeitos da ADI (Rcl 2.617 e item 6.7.1.8), nem mesmo em relação ao próprio STF, sob pena de se inviabilizar, como visto, a possibilidade de revisão e cancelamento de ofício e, portanto, a adequação da súmula à evolução social.

Esclarecemos que, no tocante ao Legislativo, parece razoável imaginar a vinculação no concernente ao exercício de sua função atípica jurisdicional e, claro, se houve alguma interpretação pela Suprema Corte em termos de procedimento.

A ideia central é permitir que o Legislativo possa ter liberdade para o exercício de sua função típica normativa.

Por sua vez, no que respeita ao STF, quando dizemos que não haverá vinculação, estamos querendo explicitar a possibilidade de a Corte poder rever o enunciado. Mas, claro, até que isso aconteça, o entendimento materializado na súmula continuará sendo aplicado. Não parece razoável que um Ministro, monocraticamente, deixe de aplicar a súmula até que ela venha a ser modificada ou cancelada.

Finalmente, um tema bastante interessante foi decidido pelo STF no que se refere a súmula vinculante que contenha matéria penal.

Na opinião de alguns Ministros, se o tema fixado na súmula vinculante tratar de matéria penal e for estabelecida interpretação menos benéfica, deveria ser aplicado o princípio da irretroatividade. Assim, por exemplo, o Min. Celso de Mello entendeu que determinado Tribunal estadual, que apreciava fato ocorrido antes da edição de certa súmula vinculante, não estava vinculado ao seu conteúdo, já que fora estabelecida interpretação mais gravosa (cf. voto vencido proferido na Rcl 7.358/STF).

Em certo sentido, chegou a sustentar que a súmula vinculante seria como um "ato normativo", e, nesse sentido, deveria ser aplicado o art. 5º, XL, da CF/1988, que assegura que a "lei" penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

CUIDADO: esse entendimento, contudo, não vingou no STF.

De acordo com a Corte, a regra a ser aplicada é a do art. 103-A, caput, da CF/1988, que diz que a súmula vinculante aprovada, ou a que venha a ser modificada ou cancelada, terá efeito vinculante a partir de sua publicação na Imprensa Oficial.

Isso significa que, se um Tribunal de segundo grau estiver analisando um recurso, ou o juízo monocrático decidindo determinada questão em relação a fato praticado em momento anterior à edição da súmula vinculante, deverá, necessariamente, aplicar o entendimento firmado na referida súmula, mesmo que se trate de matéria penal e de interpretação menos benéfica. Nesse sentido, confira:

"EMENTA: [...]. Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na Imprensa Oficial), data venia, não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, caput, da CF/1988, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação da súmula na Imprensa Oficial. Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127, da LEP, afrontou a Súmula Vinculante 09"[148] (Rcl 7.358, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).[149]

Deixamos claro que a vinculação se dá a partir da publicação da súmula vinculante na Imprensa Oficial, conforme visto. Assim, todas as decisões judiciais que vierem a ser proferidas a partir de sua publicação, ou os atos administrativos, também após a edição e publicação da súmula vinculante, deverão respeitar o entendimento firmado, sob pena do cabimento de reclamação.

---

[148] Conforme apontamos no item 11.14.12, a partir da publicação, da Lei nº 12.433/2011, entendemos indispensável a revisão ou o cancelamento da referida SV 9/STF (matéria pendente).

[149] Dentre outros precedentes, cf. Rcl 6.541 e Rcl 6.856, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, Plenário, DJE de 2009.

Nesse ponto, naturalmente, não caberá reclamação (apesar de outros instrumentos serem adequados, como o recurso extraordinário, o mandado de segurança etc.) se a decisão judicial ou o ato administrativo que se pretende atacar for anterior à edição da súmula vinculante.

E cuidado, não basta, para vincular, que exista súmula que, por ser persuasiva, tem natureza meramente processual e não constitucional. A súmula, a propósito, para vincular e permitir o ajuizamento de reclamação no caso de sua contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida, terá de ser vinculante, observando-se todo o procedimento e as formalidades estudados.

11.14.11.7 Modulação dos efeitos

Na mesma linha da regra da modulação dos efeitos da decisão prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/1999 (ADI), o art. 4º, da Lei nº 11.417/2006 estabelece que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

11.14.11.8 Revogação ou modificação, da Lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante

Vimos que, revogada ou modificada a Lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o STF, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Para se ter um exemplo, entendemos que a SV 9, tendo em vista a modificação do art. 127 da LEP (Lei nº 7.210/1984) pela Lei nº 12.433/2011, precisa passar, necessariamente, por um processo de revisão ou cancelamento, já que não mais se conforma ao conteúdo da nova regra (cf. discussão no item 11.14.12) (matéria pendente).

11.14.11.9 Da reclamação

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação[150] ao STF, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

---

[150] Sobre a natureza jurídica do instituto da reclamação, cf. item 6.7.1.18.2.

Como já referimos, não caberá reclamação (apesar de, repetimos, haver outros instrumentos adequados, como o recurso extraordinário, o mandado de segurança etc.) se a decisão judicial ou o ato administrativo que se pretende atacar for anterior à edição da súmula vinculante. Isso porque a vinculação se dará a partir da publicação da súmula vinculante na Imprensa Oficial.

Em se tratando de omissão ou ato da Administração Pública, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006). Trata-se de instituição, por parte, da Lei, de contencioso administrativo atenuado ou de curso forçado e sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da reclamação e não de qualquer outra medida cabível, como a ação ordinária, o mandado de segurança etc.

Julgando procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, dependendo do caso.

11.14.11.10 Responsabilidade do administrador público

Nos termos do art. 64-B, da Lei nº 9.784/1999, introduzido pela Lei nº 11.417/2006, acolhida pelo STF a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

O objetivo é muito claro, qual seja, como diagnosticado, diminuir a presença da Fazenda Pública como parte em processos jurisdicionais idênticos cuja tese jurídica já tenha sido decidida pelo STF, com efeito vinculante.

11.14.11.11 Responsabilidade dos magistrados?

A Lei que disciplinou o instituto da súmula vinculante, Lei nº 11.417/2006, não fixou, ao menos explicitamente, nenhuma sanção aplicável aos juízes em caso de descumprimento de súmula vinculante, garantindo-se, como anotou o Ministro Marco Aurélio, "a liberdade do magistrado de apreciar os elementos para definir se a conclusão do processo deve ser harmônica ou não com o verbete".[151]

Tal liberdade não significa, contudo, que o magistrado jamais poderá ser responsabilizado em caso do seu descumprimento.

---

[151] Notícias STF, 2007.

Isso porque, se o desrespeito ao efeito vinculante da súmula for infundado e reiterado, doloso e desproporcional, entendemos que poderá caracterizar-se violação aos deveres funcionais, viabilizando-se, assim, a abertura do competente procedimento administrativo disciplinar com possíveis aplicações das penalidades legais.

De acordo com o art. 2º do Código de Ética da Magistratura,[152] impõe-se ao magistrado a primazia pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Como se sabe, tanto a Constituição como a Lei nº 11.417/2006 estabelecem que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, a súmula vinculará os órgãos do Poder Judiciário.

Em igual medida, o art. 35, I, da LC nº 35/1979 (LOMAN) estabelece serem deveres do magistrado cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício.

Ainda, podemos destacar o art. 143, CPC, ao estabelecer que o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (no mesmo sentido, art. 49, I, da LOMAN).

Essa questão da responsabilidade do magistrado chegou a ser "ventilada" no STF após analisar diversos *habeas corpus* contra decisões do STM que, contrariando entendimento da Corte, ou seja, de que a competência é da Justiça Federal, continuava a aceitar a competência da Justiça Castrense (Militar) para processar e julgar civis denunciados pelo crime de falsificação da Carteira de Habilitação Naval (CIR) ou habilitação de arrais-amador.

Conforme noticiado, os Ministros que compõem a 2ª Turma do STF sugeriram que o Min. Celso de Mello elaborasse Proposta de Súmula Vinculante (PSV) refletindo o entendimento pacificado, embora não sumulado, de incompetência da Justiça Militar.[153]

O Min. Gilmar Mendes, não obstante tenha expressado a sua resistência para a edição de súmulas vinculantes em matéria penal (apesar de possíveis), sustentou, para o referido caso, a sua adoção, especialmente diante do risco de prescrição em razão da demora no julgamento (em função do indevido encaminhamento dos autos para julgamento perante o STM e, posteriormente, a remessa para a Justiça Federal) e, assim, a consequente impunidade.

Em 2014, o STF aprovou a SV 36, com a seguinte redação: "compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de

---

[152] Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do CNJ, do dia 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337.

[153] Apenas para conhecimento da matéria, estabeleceu o STF: "Competência – Justiça Militar versus Justiça Federal stricto sensu – Crime de falso – Carteira de habilitação naval de natureza civil. A competência para julgar processo penal a envolver a falsificação de carteira de habilitação naval de natureza civil é da Justiça Federal, sendo titular da ação o MPF" (HC 90.451, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2008, DJE de 2008). No mesmo sentido: HC 109.544-MC, HC 106.171, HC 104.619, HC 104.804, HC 104.617, HC 103.318, HC 96.561, HC 96.083, HC 110.237 etc.

documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil" (DJE de 2014).

A partir de sua edição, conforme assinalou o Min. Lewandowski, "... o descumprimento de uma súmula vinculante de forma infundada e sem justificação pode ensejar a responsabilização do magistrado, porque é um ato de insubordinação" (Notícias STF, 2011).

11.14.12 As súmulas vinculantes (a de número 30 com a publicação suspensa) editadas pelo STF

Apresentamos, no material digital exclusivo, PDF com as súmulas vinculantes editadas pelo STF, as quais, em razão de sua importância, deverão ser consideradas para as provas de concursos.

11.14.13 Aspectos conclusivos

A súmula vinculante introduzida pela Reforma do Judiciário mostra-se totalmente constitucional. Não há falar em engessamento do Judiciário, na medida em que está prevista a revisão e o cancelamento dos enunciados editados.

No mais, há de se notar que o STF só editará súmula em relação a matérias e assuntos específicos (conveniência política) e desde que sejam observados os requisitos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006: que o enunciado da súmula tenha por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

No choque entre dois grandes valores fundamentais de igual hierarquia ("colisão de direitos fundamentais"), parece ser mais condizente, diante da realidade forense pátria, a garantia da segurança jurídica e do princípio da igualdade substancial ou material, em vez da liberdade irrestrita do magistrado nas causas já decididas e pacificadas no STF, "desafogando", por consequência, o Poder Judiciário das milhares de causas repetidas.

Conforme apontado no relatório da CCJ do SF, "parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação das normas, evitando-se as situações propiciadas pelo sistema vigente, em que pessoas em situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas, o que prejudica em maior medida aqueles que não têm recursos financeiros para arcar com as despesas processuais de fazer

o processo chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde a tese que lhe beneficiaria fatalmente seria acolhida".

Deve-se deixar bem claro, também, que a PEC, nesses moldes aprovada, não fere a regra do art. 60, § 4º, III, da CF/1988 (cláusula pétrea da Separação de Poderes). Isso porque a limitação do poder de reforma não se restringe à impossibilidade de alteração da matéria definida pela doutrina como "cláusula pétrea". A regra deve ser lida no sentido de ser vedada não a reforma, mas a reforma "tendente a abolir".

Reforçada, então, estará a regra da "separação de Poderes" mitigada, nos exatos termos de interferência de um órgão em outro, sem, é claro, esgotar a autonomia natural ("freios e contrapesos").

Finalmente, nos termos do art. 8º, da EC nº 45/2004, cabe observar que as súmulas que estavam em vigor na data da publicação, da Emenda (quais sejam, as de nº 1 a nº 736) somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por 2/3 dos membros do STF e publicação na imprensa oficial.

As súmulas editadas a partir, da EC nº 45/2004 ou continuarão a ser meramente persuasivas ou serão vinculantes. Para que sejam vinculantes, deverão passar pelo procedimento diferenciado definido na Lei regulamentadora. Por questões de organização, deverão as súmulas vinculantes, como vem sendo feito e já indicamos, receber uma nova e distinta numeração, iniciando-se pela de nº 1.

11.15 Extinção dos Tribunais de Alçada

11.15.1 Histórico nas Constituições

Fazendo uma breve análise, percebe-se que as Constituições de 1824 e de 1891 nada falaram sobre "Tribunais de Alçada" ou sobre "alçada".

O art. 104, § 7º, da CF/1934, estabeleceu que "os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das excedentes da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios".

A Constituição de 1937, nos termos de seu art. 106, da CF/1937, com praticamente a mesma redação, determinou que "os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios".

De maneira bastante explícita, pela primeira vez, a de 1946, em seu art. 124, II, da CF/1946, permitiu aos Estados a criação de Tribunais de Alçada inferiores aos Tribunais de Justiça.

A Constituição de 1967, por seu turno, fixou as regras no art. 136, § 1º, "a", e § 3º, da CF/1967: "... § 1º A Lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: a) Tribunais inferiores de segunda instância, com alçada em causas de valor limitado, ou de espécies, ou de umas e outras; [...] § 3º Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais".[154]

Por derradeiro, a CF/1988 fixou, nos termos do art. 96, II, "c", da CF/1988, competir privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, da CF/1988, a "criação ou extinção dos tribunais inferiores".

No art. 96, III, da CF/1988, estabeleceu-se que "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 96, II, da CF/1988 e a classe de origem".

11.15.2 O surgimento dos Tribunais de Alçada nos Estados

Percebia-se que, "no maior Tribunal de Apelação do País, em São Paulo, que contava à época com 25 Desembargadores, o número de feitos ascendeu a mais de 6.000, mais do dobro dos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Com base nisso, o Deputado Plínio Barreto propôs uma emenda que permitisse aos Estados a criação de Tribunais de Alçada inferior".[155]

Nesse sentido, diante do permissivo do art. 124, II, da CF/1946, pioneiramente, com o objetivo de desafogar o TJ, criou-se, por intermédio, da Lei nº 1.162/1951-SP, o Tribunal de Alçada de São Paulo, instalado no dia 11 de agosto[156] de 1951.

"A denominação Tribunal de Alçada foi inspirada na organização judiciária portuguesa, como explicou o Ministro Mário Guimarães em sua obra O juiz e a função jurisdicional, ao

---

[154] Com um texto muito parecido, também o art. 144, § 1º, "a", e § 3º, na redação dada pela EC nº 1/1969. Na primeira regra estabelece que os Tribunais de Alçada deverão observar o prescrito na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. A redação da segunda regra é praticamente a mesma, só alterando a parte final.

[155] Site do 1º TAC/SP.

[156] Interessante a data – 11 de agosto. Apenas por curiosidade (e acho, sim, que esse tipo de informação pode fazer a diferença em banca oral), por meio, da Lei de 11 de agosto de 1827 foram criados dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. O art. 1º da referida Lei estabelece que durante 5 anos e em 9 cadeiras serão ensinadas as seguintes matérias: a) 1º ano: 1ª Cadeira: Direito natural, público, análise de Constituição do Império, Direito das gentes e diplomacia; b) 2º ano: 1ª Cadeira: continuação das matérias do ano antecedente; 2ª Cadeira: Direito público eclesiástico; c) 3º ano: 1ª Cadeira: Direito pátrio civil; 2ª Cadeira: Direito pátrio criminal com a teoria do processo criminal; d) 4º ano: 1ª Cadeira: Continuação do direito pátrio civil; 2ª Cadeira: Direito mercantil e marítimo; e) 5º ano: 1ª Cadeira: Economia política; 2ª Cadeira: Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império. (BRASIL, Leis etc: *Collecção das leis do brazil de 1808*)

observar que assim se chamavam os Tribunais volantes que existiam em Portugal, que, regulados pelas Ordenações Afonsinas, circulavam pelas províncias distribuindo justiça".[157]

O advento da indústria automobilística, aliado ao grande crescimento da sociedade a partir da década de 1960, fez surgir a necessidade de se criarem outros tribunais.

A Lei nº 9.125/1965-SP, determinou o desdobramento do Tribunal de Alçada da seguinte maneira: a) 1º TAC; b) TACRIM (1967); c) 2º TAC (1972). Assim, até 1972, conviviam o TJ, o TAC e o TACRIM, já que a divisão do único Tribunal de Alçada Cível se consolidou em 1972.

Nos outros Estados, observamos o surgimento dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais (1965), Paraná (1970), Rio Grande do Sul (1971) e Rio de Janeiro (antigo da Guanabara).

Na data da promulgação, da EC nº 45/2004, contudo, restavam apenas os Tribunais de Alçada de São Paulo (1º TAC, 2º TAC e TACRIM) e o do Paraná.

11.15.3 A EC nº 45/2004

O art. 4º, da EC nº 45/2004 assim estabeleceu:

"Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual".

No tocante ao Estado de São Paulo, Roberto Solimene anota, em interessante e completo estudo, que "... Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 2004, publicou a Res. nº 194/2004, cujo art. 1º declarou integrados no Tribunal de Justiça "os Juízes dos extintos Tribunais de Alçada", "no cargo de Desembargador, mediante apostilamento dos títulos", ato este posterior, veiculado no Diário Oficial da Justiça de 2005, sem prejuízo da remessa de projeto de Lei à Assembleia Legislativa, em que também se indicava a necessidade de criação de 22 novos cargos de desembargador, mais 836 cargos de assistentes jurídicos e 28 de escreventes, com o fito de dar imediata vazão dos 195.475 processos que aguardavam distribuição no TJ e 289.003 nas casas extintas".[158]

---

[157] Site do 2º TAC/SP.

[158] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*. Sobre a constitucionalidade da extinção dos Tribunais de Alçada.

Em relevante crítica, o autor observa que, "de acordo com o art. 3º, da Res. nº 194/2004, haverá concurso de remoção interna dos atuais desembargadores paulistas e somente depois é que os Juízes dos Tribunais extintos escolherão as Câmaras que passarão a integrar, sendo plausível a chance de alguém, que ao longo de muitos anos trabalhou com determinada matéria, passar a julgar processos, daqui por diante, de outra completamente diferente [...]. Desperdício de conhecimento e dificuldades de adaptação, afirmam muitos".[159]

Resta aguardar. Parece-nos que, apesar do "gigantismo" em que se transforma a estrutura do Tribunal de Justiça de São Paulo, a reforma é bem-vinda. E vejam que interessante: as necessidades que justificaram e motivaram o surgimento dos Tribunais de Alçada – agilização da prestação jurisdicional, desafogamento dos Tribunais de Justiça, eficácia na distribuição da Justiça – são as mesmas para a sua extinção. No mínimo curioso... mas deixemos isso de lado.

[159] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário.*

12 FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Sumário: 12.1 Noções Introdutórias 12.2 Ministério Público 12.3 Advocacia Pública 12.4 Advocacia 12.5 Defensoria Pública

12.1 Noções Introdutórias

Com o objetivo de dinamizar (ou viabilizar) a atividade jurisdicional, a Constituição institucionalizou atividades profissionais (públicas e privadas), atribuindo-lhes o status de funções essenciais à Justiça, tendo estabelecido suas regras nos art. 127 ao art. 135, da CF/1988 e que serão estudadas a seguir:

- Ministério Público (art. 127 ao art. 130, da CF/1988);
- Advocacia Pública (art. 131 e art. 132, da CF/1988);
- Advocacia (art. 133, da CF/1988);
- Defensoria Pública (art. 134, da CF/1988).

12.2 Ministério Público

12.2.1 Histórico

12.2.1.1 Origens remotas

Há muita divergência doutrinária sobre o surgimento do Ministério Público, chegando alguns a apontar a sua forma inicial há mais de quatro mil anos, na figura do magiaí, funcionário real no Egito Antigo, que tinha o dever de proteger os cidadãos do bem e reprimir, castigando, os “rebeldes”.

Outros, ainda, identificam o surgimento do Ministério Público na Antiguidade Clássica, na Idade Média ou até no direito canônico.

Divergências à parte, a maioria da doutrina aceita, com mais tranquilidade, o seu surgimento na figura dos Procuradores do Rei do direito francês (Ordenança de 1302, de Felipe IV, “o Belo”, Rei da França), que prestavam o mesmo juramento dos juízes no sentido de estarem proibidos de exercer outras funções e patrocinar outras causas, senão as de interesse do Rei.

Como bem expõe Mazzilli, “a Revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes. Foram, porém, os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade. Inegável é a influência da doutrina francesa na história do Ministério

Público, tanto que, mesmo entre nós, ainda se usa frequentemente a expressão parquet, para referir-se à instituição".[1]

Não obstante a influência francesa, temos de ressaltar a importância do direito português sobre a origem do Ministério Público no Brasil, notadamente as Ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603).

Conforme anotam Araujo e Nunes Jr., "no Brasil, fazendo menção ao Procurador dos Feitos da Coroa e ao Promotor de Justiça, o Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relação da Bahia, foi a primeira legislação a abordar a função de Ministério Público".[2]

Passemos, então, a analisar a evolução do Ministério Público especialmente nas Constituições brasileiras, destacando-se, no quadro abaixo, a sua previsão "topológica" (em termos de disposição no texto constitucional), chegando ao coroamento na CF/1988, pela qual se instituiu total desvinculação dos Poderes, declarando ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com autonomia funcional, administrativa e financeira.

CONSTITUIÇÕES	PREVISÃO TOPOLÓGICA
1824	não fez menção ao MP, mas apenas ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional
1891	previsão muito tímida, disciplinando apenas regras para a designação do PGR, dentre membros do STF e, assim, a alocação dentro do título do Poder Judiciário
1934	posicionamento fora dos Poderes, adquirindo status constitucional e estabelecido como órgão de cooperação nas atividades governamentais
1937	retrocesso durante o período ditatorial. Tratamento esparso e vago com algumas regras sobre o PGR no capítulo do Poder Judiciário
1946	redemocratização. Avanço. Previsão em título especial e próprio, distinto dos Poderes e, assim, não estando atrelado a nenhum deles
1967	novamente a previsão do MP, retrocedendo o texto anterior que lhe dava título especial, foi estabelecida no capítulo do Poder Judiciário
EC nº 1/1969	alterando o texto anterior, houve o posicionamento do MP no capítulo do Poder Executivo
1988	o MP chega fortalecido no novo ordenamento, ganhando previsão em título próprio, desatrelado dos Poderes e como uma das funções essenciais à Justiça

12.2.1.2 Constituição de 1824

[1] MAZZILLI, Hugo Nigro: *Introdução ao ministério público*. Sobre a expressão parquet que, do francês, significa assoalho, Mazzilli observa que o seu uso entre nós "... provém da tradição francesa, assim como *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Os procuradores do rei, antes de adquirirem condição de magistrados e terem assento a seu lado, no estrado, tiveram assento sobre o assoalho da sala de audiências" (nota 3). Assim, enquanto a magistratura de pé pode ser a origem do Ministério Público, ela não se confundia com a magistratura sentada, quais sejam, os magistrados da época.

[2] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

Apesar de não haver menção ao Ministério Público no texto do Império, o seu art. 48, da CF/1824, fez a previsão do Procurador da Coroa e Soberania Nacional, que tinha a atribuição de acusação nos crimes que não pertencessem à Câmara dos Deputados.

Durante o Império, contudo, algumas leis fizeram referência mais específica ao Promotor Público, destacando-se, dentre outros:

• 1830 – Código Criminal: no art. 132, falava-se em atribuição de acusação do Promotor para os crimes ali especificados;

• 1832 – Código do Processo Criminal: em diversas passagens se fez previsão do Promotor Público. Dentre outras atribuições, no seu art. 37, § 1º, estava prevista a de denunciar os crimes públicos e policiais e acusar os delinquentes perante os jurados, assim como os crimes de reduzir à escravidão pessoas livres, cárcere privado, homicídio, ou a tentativa dele, ou ferimentos, com as qualificações dos art. 202, art. 203 e art. 204, do Código Criminal; e roubos, calúnias, injúrias contra o Imperador, membros da Família Imperial, contra a Regência e cada um de seus membros, contra a Assembleia Geral e contra cada uma das Câmaras.

12.2.1.3 Constituição de 1891

Antes mesmo da Constituição de 1891, a partir da Proclamação da República, o Decreto nº 848/1890, ao organizar a Justiça Federal, fez menção ao Ministério Público, pela primeira vez, como instituição. Vejamos:

Em1890 – art. 22 do Decreto nº 848/1890: ao tratar do Ministério Público, destacou a atuação do Procurador-Geral da República, competindo-lhe: a) exercer a ação pública e promovê-la até o final em todas as causas da competência do Supremo Tribunal; b) funcionar como representante da União, e em geral oficiar e "dizer de direito" em todos os feitos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal; c) velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pelos juízes federais; d) defender a jurisdição do Supremo Tribunal e a dos demais juízes federais; e) fornecer instruções e conselhos aos procuradores seccionais e resolver consultas destes, sobre matéria concernente ao exercício da Justiça Federal.

A Constituição de 1891, por sua vez, de maneira muito tímida, tratou do Procurador-Geral da República, no Título I, Seção III, do que disciplinava o Poder Judiciário.

Essa previsão topológica tinha uma razão de ser. De acordo com o art. 58, § 2º, da CF/1891, o Procurador-Geral da República era designado pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

De modo geral, as atribuições do PGR deveriam ser definidas na lei, havendo apenas uma previsão na Constituição, qual seja, a possibilidade de requerer, de ofício e a qualquer tempo, a revisão criminal (art. 81, da CF/1891).

12.2.1.4 Constituição de 1934

Na Constituição de 1934, o Ministério Público adquire verdadeiro status constitucional, não tendo sido a sua previsão atrelada ao Judiciário (conforme o texto de 1891), mas como órgão de cooperação nas atividades governamentais (Título I, Capítulo VI, Seção I), destacando-se as seguintes regras (art. 95 ao art. 98 da CF/1934):

• Organização por lei: o Ministério Público era organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por Lei Federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

• PGR – nomeação sem a necessidade de fazer parte do Judiciário: o Chefe do MPF nos Juízos comuns era o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (sabatina) dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema.

• Remuneração e demissão *ad nutum*: em termos de remuneração, o PGR tinha os mesmos vencimentos dos Ministros da Corte Suprema, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

• Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios: referidos Chefes eram de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

• Concurso público e estabilidade: os membros do Ministério Público Federal que serviam nos Juízos comuns eram nomeados mediante concurso e só perdiam os cargos, nos termos, da Lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes era assegurada ampla defesa.

• Comunicação de decisão ao Senado Federal na hipótese de inconstitucionalidade: o PGR tinha, ainda, a atribuição de, quando a Corte Suprema declarasse inconstitucional qualquer dispositivo de Lei ou ato governamental, comunicar a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, IV, da CF/1934 e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tivesse emanado a Lei ou o ato.

• ADI interventiva: conforme já estudamos, a ADI interventiva surgiu no texto de 1934, tendo por exclusivo legitimado o PGR.

• Outras atribuições: de modo geral, as atribuições do Ministério Público estavam previstas em lei. Houve, contudo, além das já mencionadas: a) a possibilidade de requerer a revisão dos processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais; b) a competência para interpor recurso extraordinário na Corte Suprema contra as causas

decididas pelas Justiças locais em única ou última instância quando ocorresse diversidade de interpretação definitiva, da Lei Federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.

• Impedimentos dos Procuradores-Gerais: os Chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podiam exercer nenhuma outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição, sob pena de perda do cargo.

• Previsão de MP Militar e Eleitoral: o Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, era organizado por leis especiais, e tinha na Justiça Eleitoral as incompatibilidades que referidas leis especiais prescrevessem.

• Regra do "quinto constitucional": nos termos do art. 104, § 6º, da CF/1934, na composição dos Tribunais superiores eram reservados lugares, correspondentes a 1/5 do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do art. 104, § 3º, da CF/1934.

12.2.1.5 Constituição de 1937

Durante a Ditadura de Getúlio Vargas houve total retrocesso em relação ao Ministério Público enquanto instituição, havendo tratamento esparso e vago na Constituição, destacando-se:

• Procurador-Geral da República: o PGR era o Chefe do Ministério Público Federal e funcionava junto ao STF (a previsão topológica foi dentro do capítulo do "Poder Judiciário"). O PGR era de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reunisse os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

• Recurso ordinário: houve a previsão de o Ministério Público poder interpor recurso ordinário nas hipóteses de decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus*.

• Regra do "quinto constitucional": na composição dos Tribunais superiores, 1/5 dos lugares era preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice.

• Representação da Fazenda Pública: o art. 109, parágrafo único, da CF/1937, estabeleceu que a Lei regularia a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União, podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal.

• Crime comum e de responsabilidade: a Carta estabeleceu que o PGR seria processado e julgado pelo STF nas hipóteses de crime comum e de responsabilidade.

12.2.1.6 Constituição de 1946

Com a redemocratização o Ministério Público ganha especial destaque na Constituição de 1946, disciplinado em título especial (o Título III, separado dos Poderes e tratando, exclusivamente, da carreira do MP). São as seguintes e principais regras:

• Tribunal Federal de Recursos (TFR) e "regra do terço" (art. 103, caput, da CF/1946): o TFR, com sede na Capital federal, era composto de 9 Juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo 2/3 entre magistrados e 1/3 entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99, da CF/1946.

• Regra do "quinto constitucional" em âmbito estadual (art. 124, V, da CF/1946): na composição de qualquer Tribunal estadual, 1/5 dos lugares era preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votava lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte era preenchida por advogado;

• MPU organizado por Lei (art. 125, da CF/1946): a organização do Ministério Público da União, junto à Justiça Comum, à Militar, à Eleitoral e à do Trabalho se dava por meio de lei. Posteriormente, a EC nº 16/1965 estabeleceu que a Lei organizaria o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais.

• PGR – Chefe do MPF (art. 126, da CF/1946): o PGR era o Chefe do Ministério Público federal. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, da CF/1946, era demissível *ad nutum*.

• Representação da União (art. 126, parágrafo único, da CF/1946): a União era representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a Lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

• Regra do concurso público e as garantias da estabilidade e da inamovibilidade (art. 127, da CF/1946): os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressavam nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após 2 anos de exercício, não podiam ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo, sendo-lhes facultada a ampla defesa. Outra garantia era a inamovibilidade, a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

• MP em âmbito estadual – carreira (art. 128, da CF/1946): nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do art. 127, da CF/1946, e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

• EC nº 16/1965: referida emenda trouxe importantes previsões, por exemplo: a) conforme já estudado no capítulo sobre controle, referida emenda instituiu, pela primeira vez no direito brasileiro, o sistema de controle concentrado, por meio de representação a ser ajuizada exclusivamente pelo Procurador-Geral da República; a antiga "regra do terço" para a composição foi alterada em relação ao TFR. Pela nova regra, o TFR passou a ser composto de 13 juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo 8 dentre magistrados e 5 dentre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do art. 99, da CF/1946.

• Crime comum (STF) e de responsabilidade (Senado Federal): inovando, mantendo a previsão de julgamento do PGR por crime comum no STF (art. 101, I, "b", da CF/1946), a Constituição estabeleceu que o julgamento por crime de responsabilidade seria de competência do Senado Federal (art. 62, II, da CF/1946).

12.2.1.7 Constituição de 1967

De modo geral, todas as regras estabelecidas no texto de 1946 foram repetidas na Constituição de 1967, como as referentes ao concurso público, estabilidade, inamovibilidade etc.

O art. 138, § 2º, da CF/1967, conservou a previsão de que a União seria representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a Lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

A grande distinção foi a alocação topográfica, com inegável retrocesso, já que não mais prevista a carreira do MP em título especial e exclusivo.

A Constituição de 1967 inseriu o Ministério Público dentro do capítulo do Poder Judiciário, no Capítulo VIII, Seção IX.

12.2.1.8 Emenda Constitucional nº 1/1969

A EC nº 1/1969 manteve o Ministério Público atrelado aos Poderes. Contudo, em vez de inseri-lo em seção dentro do capítulo do Judiciário, como fazia a Constituição de 1967, fixou a carreira do MP no capítulo do Poder Executivo (Capítulo VII, Seção VIII), tendo referida alocação permanecido na EC nº 7/1977.

Basicamente, todas as regras em relação ao concurso público, estabilidade, inamovibilidade, Chefia do MPF pelo PGR, participação no TFR, "regra do quinto" etc. foram preservadas.

A representação judicial da União também continuou nas mãos do Ministério Público Federal (cf. Lei nº 1.341/1951 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, que veio a ser substituída pela LC nº 75/1993), sendo que o art. 95, § 2º, da EC nº 1/1969 expressamente disciplinou que, nas comarcas do interior, a União poderia ser representada pelo Ministério Público estadual.

O art. 94 da EC nº 1/1969, estabeleceu, ainda, que Lei organizaria o MPU junto aos juízes e tribunais federais, bem como o MP Estadual seria organizado em carreira por Lei Estadual.

Mantendo essa regra de organização do MP Estadual por Lei Estadual, a EC nº 7/1977 inovou ao prescrever que Lei Complementar federal, de iniciativa do Presidente da República, estabeleceria normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual.

A título de informação, referida regulamentação se deu pela LC nº 40/1981, lembrando que, com a promulgação do texto de 1988, o entendimento a que se chegou foi no sentido de não mais se exigir para referida regulamentação a modalidade de Lei Complementar, em razão da falta de previsão no art. 61, § 1º, II, "d" da EC nº 1/1969.

Isso porque, do ponto de vista material, e já estudamos esse assunto no capítulo sobre o processo legislativo (cf. item 9.14.2.2.1), toda vez que o constituinte quiser que a matéria seja regulamentada por Lei Complementar, deverá fazer pedido expresso. Não havendo declarada previsão e não sendo hipótese das outras espécies normativas, pelo campo residual, chegou-se à conclusão de que a matéria deve ser regulamentada por Lei Ordinária.

Nesse sentido, a Lei nº 8.625/1993, instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) e dispôs sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, além de dar outras providências.[3]

12.2.1.9 Constituição de 1988

O texto de 1988 consagrou a evolução do Ministério Público, separando-o dos Poderes e o alocando no capítulo que trata das funções essenciais à Justiça (Título IV, Capítulo IV Seção I).

Em verdadeira consagração, o MP foi elevado à posição de instituição permanente e desatrelado, de vez, da representação judicial da União, tanto é que, de maneira categórica

[3] Para aprofundamento da matéria e críticas à escolha "inadequada", da Lei ordinária, cf. MAZZILLI, Hugo Nigro: *Regime jurídico do ministério público*, e RE 262.178-DF, Inf. 211/STF.

e enérgica, o art. 129, IX, da CF/1988, expressamente vedou a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, ficando essa atribuição nas mãos da advocacia pública.

O art. 131, caput, da CF/1988, fez a previsão expressa da Advocacia-Geral da União, instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, passou a representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos, da Lei Complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Cabe observar, apesar das novas regras, que, por força do art. 29, caput, do ADCT, a representação judicial da União manteve-se afeta ao Ministério Público Federal até o advento da LC nº 73/1993.

12.2.2 Definição e investidura ("quarentena de entrada")

De acordo com o art. 127, caput, da CF/1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.[4]

Regulamentando a CF/1988, foram editados os seguintes diplomas legais:

• Lei nº 8.625/1993: Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (iniciativa reservada ao Presidente da República, na forma da parte final do art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988);

• LC nº 75/1993: Lei Orgânica do Ministério Público da União (de caráter federal e não nacional, como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispondo sobre a organização, atribuição e estatuto do Ministério Público da União (Ministério Público Federal – art. 37 ao art. 82, da LC nº 75/1993; Ministério Público Militar – art. 116 ao art. 148, da LC nº 75/1993; Ministério Público do Trabalho – art. 83 ao art. 115, da LC nº 75/1993, e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – art. 149 ao art. 181, da LC nº 75/1993, todos independentes entre si);[5]

• Leis complementares estaduais: cada Estado elabora a sua. Assim, de acordo com o edital do concurso público estadual, o candidato atento deverá estudar a respectiva Lei orgânica.

---

[4] Esse dispositivo constitucional foi copiado no art. 176, do CPC, sem correspondência no CPC/1973. Essa transposição das regras constitucionais para o CPC reflete a importante perspectiva, já anunciada no art. 1º, do CPC, de estar o processo civil ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na da CF/1988.

[5] Os artigos citados referem-se à LC nº 75/1993, Lei Orgânica do Ministério Público da União, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU.

Significando importante garantia constitucional, as funções do Ministério Público só poderão ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

Nos termos do art. 129, § 3º, da CF/1988, o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Em relação à necessária participação da OAB, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, no exercício de sua competência fixada no art. 130-A, § 2º, I, da CF/1988, em conformidade com a decisão plenária proferida na 24ª Sessão Ordinária, realizada em 2016, nos autos da Proposição nº 1.00223/2015-06, aprovou o Enunciado nº 11, com aplicação a partir de sua publicação, que se implementou no DECNMP de 2017, nos seguintes termos: "é obrigatória a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases de concurso para ingresso no Ministério Público, inclusive na apreciação de eventuais recursos apreciados pela respectiva banca, sob pena de nulidade de todas as fases posteriores à comprovada ausência de participação".

Já em relação à quarentena de entrada, conforme já explicamos no item 11.4.1, o CNMP alinhou-se ao decidido pelo STF no RE nº 655.265 (que reafirmou os termos da ADI nº 3.460) e, assim, pela Res. CNMP nº 141/2016, revogou a Res. nº 87/2012 e resgatou a redação original do art. 3º da Res. nº 40/2006, voltando a prescrever que a comprovação do período de 3 anos de atividade jurídica deve se dar no momento da inscrição definitiva no concurso e não no da posse.

12.2.3 Organização do Ministério Público na CF/1988 – art. 128, I e II, da CF/1988 e MP Eleitoral

12.2.3.1 Organização do Ministério Público da União e Estadual

Como se vê, o art. 128, I, da CF/1988, tratou do MP da União, enquanto o art. 128, II, da CF/1988, do MP dos Estados.

No mesmo sentido em que no organograma do Judiciário se fala em "justiça comum" e "justiça especializada", também aqui se observa um Ministério Público que atua na "justiça comum", no caso, tanto a Federal (MPF – art. 109, da CF/1988, nas matérias de competência da Justiça Federal) como a Estadual (MP Estadual), bem como aquele que atua perante os ramos especializados da Justiça Federal, quais sejam, o MPT, o MPM e também na Justiça Eleitoral, com as suas particularidades, como se verá no item seguinte.

Cumpre notar que, apesar de no âmbito federal existir uma carreira própria do Ministério Público para atuação perante a Justiça Militar da União, qual seja, o MPM (art. 128, I, "c", da CF/1988), no âmbito estadual, seja em primeiro grau (Auditorias Militares, que correspondem às Varas na Justiça Comum), seja no TJ ou no TJM onde houver (SP, MG e RS – art. 125, § 3º, da CF/1988), a atuação dar-se-á por membro do MP Estadual, não havendo uma carreira própria e específica de Ministério Público Militar Estadual. Trata-se de Promotoria de Justiça especializada com atuação perante a Auditoria Militar.

Por sua vez, não obstante haja ampla aproximação entre Estados e o DF, a previsão do MP do DF e dos Territórios como ramo do MP da União se justifica já que, segundo o art. 21, XIII, da CF/1988, ele será organizado e mantido pela União.

12.2.3.2 MP Eleitoral

O MP Eleitoral não tem estrutura própria, e a sua formação, como se percebe pelo quadro abaixo, é mista, sendo composto de membros do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público Estadual (MPE)[6], [7].

MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL		
Órgãos do MPE	**Grau de jurisdição**	**Matéria de competência originária**
Procurador-Geral Eleitoral (PGR) Vice-Procurador-Geral Eleitoral (integram o MPF)	TSE	Eleição presidencial
Procuradores Regionais Eleitorais (integram o MPF)	TREs Juízes auxiliares (6)	Eleições federais, estaduais e distritais
Promotores Eleitorais (integram o MP Estadual)	Juízes eleitorais Juntas eleitorais (7)	Eleições municipais

Observa-se que não há na Constituição a previsão da carreira específica do Ministério Público Eleitoral. Aliás, o texto, além de ser silente no art. 128, da CF/1988, não tratou do assunto em nenhuma passagem da Carta.

---

[6] Nos termos do art. 96, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 (que estabelece normas para as eleições), os Tribunais Eleitorais designarão 3 juízes auxiliares para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas. Como referidas medidas são dirigidas aos Tribunais Eleitorais, a atuação ministerial se implementa pelo Procurador Regional Eleitoral. Os recursos contra as decisões dos juízes auxiliares serão julgados pelo Plenário do Tribunal.

[7] Nos termos do art. 118, IV, da CF/1988, as Juntas Eleitorais são órgãos da Justiça Eleitoral. De acordo com o art. 36 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), compor-se-ão as Juntas Eleitorais de 1 juiz de direito, que será o presidente, e de 2 ou 4 cidadãos de notória idoneidade, devendo os seus membros ser nomeados 60 dias antes da eleição, depois de aprovação do Tribunal Regional, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. Ainda, estabelece o art. 40 do Código Eleitoral ser competência das Juntas Eleitorais: I – apurar, no prazo de 10 dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; II – resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; III – expedir os boletins de apuração mencionados no art. 178, da Lei nº 4.737/1965; IV – expedir diploma aos eleitos para cargos municipais. Assim, defendendo o regime democrático, em todos esses atos, temos a participação do MP Eleitoral (trata-se de função do MPF, portanto, federal, exercida pelo MP Estadual).

Diante dessa lacuna e da importância da função eleitoral do MP, vozes na doutrina sustentam, com razão, a criação, por emenda, de uma carreira própria do MP Eleitoral que, no caso, pertenceria ao ramo do MPU, modificando, portanto, o art. 128, da CF/1988.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, com precisão, observa que "... a importância que as questões eleitorais têm ganhado na sociedade brasileira serve de contínua recomendação para que essa nova instituição seja criada. Seria um novo ramo do Ministério Público da União, tendo em vista o caráter federal de que se reveste toda a Justiça e o Direito Eleitoral".[8]

Portanto, podemos falar que a função eleitoral, desempenhada pelo Ministério Público, tem natureza federal e é o que se depreende do art. 78 da LC nº 75/1993 ao dispor que as funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral, que é integrante do MP Estadual.

Diante desse regramento, conclui Gonçalves que, "quando atuam como órgãos eleitorais, os Promotores de Justiça o fazem como Ministério Público Federal, estando sujeitos à legislação que rege o parquet federal".[9]

Nesse sentido, o art. 72 da LC nº 75/1993 estabeleceu ser competência do Ministério Público Federal o exercício, no que couber, perante a Justiça Eleitoral, das funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

Ou seja, também em primeira instância a Lei fixou que a atribuição é do MPF, sendo que, por expressa previsão normativa (art. 78, da LC nº 75/1993), essa função é exercida pelo MP Estadual.

Nesse sentido, o art. 79 da LC nº 75/1993 (regra declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 3.802) estabelece que o Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que oficie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. Na inexistência de Promotor que oficie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado.

Conforme interpretou o STF, "o fato de o promotor eleitoral (membro do MP Estadual) ser designado pelo Procurador Regional Eleitoral (membro do MPF) não viola a autonomia administrativa do Ministério Público estadual. Apesar de haver a participação do Ministério Público dos Estados na composição do Ministério Público Eleitoral – cumulando o membro da instituição as duas funções –, ambas não se confundem, haja vista possuírem conjuntos diversos de atribuições, cada qual na esfera delimitada pela Constituição Federal e pelos demais atos normativos de regência. A subordinação hierárquico-administrativa – não funcional – do promotor eleitoral é estabelecida em relação ao Procurador Regional Eleitoral, e não em relação ao Procurador-Geral de Justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato

---

[8] GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos: *Direito eleitoral*.
[9] *Ibid*.

formal de “designação” do promotor eleitoral seja feito pelo superior na função eleitoral, e não pelo superior nas funções comuns”.

A regra de designação do Promotor Eleitoral – “ato de natureza complexa, resultando da conjugação de vontades tanto do Procurador-Geral de Justiça – que indicará o membro do Ministério Público estadual – quanto do Procurador Regional eleitoral – a quem competirá o ato formal de designação” – não ofende a autonomia do Ministério Público estadual, “já que não incide sobre a esfera de atribuições do parquet local, mas sobre ramo diverso da instituição – o Ministério Público Eleitoral, não interferindo, portanto, nas atribuições ou na organização do ministério público estadual” (ementa da ADI 3.802, j. 2016, DJE de 2016).

O art. 37, I, da LC nº 75/1993, na mesma linha, prescreve que o Ministério Público Federal exercerá as suas funções nas causas de competência dos Tribunais e Juízes Eleitorais.

12.2.4 Chefe do Ministério Público

12.2.4.1 Procurador-Geral da República

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República (art. 84, XIV, da CF/1988), dentre integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após a aprovação prévia, por voto secreto, em arguição pública, de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal (art. 52, III, “e”, da CF/1988), para mandato de 2 anos,[10] permitida mais de uma recondução, sem qualquer limite (art. 128, § 1º, da CF/1988). Para cada nova recondução o procedimento e os requisitos deverão ser observados, já que a recondução é uma nova nomeação.

Conforme se observa pela regra constitucional (art. 128, § 1º, da CF/1988), a escolha do PGR não depende de formação de lista tríplice, diferente do que ocorre para a escolha do Procurador-Geral de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 128, § 3º, da CF/1988).

Apesar de não haver a previsão da regra da lista tríplice como procedimento para a escolha do PGR pelo Presidente da República, essa vinha sendo, desde 2001, uma tradição, quando o então Presidente Lula indicou para chefia do MPU o Dr. Cláudio Fontelles, integrante da lista tríplice elaborada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a partir de votação perante os membros da carreira.

[10] José Afonso da Silva ensina não se tratar, em realidade, de “mandato”. Segundo o mestre, “... esse tipo de “mandato” é, na realidade, mera investidura a tempo certo, por isso mesmo é que pode ser interrompida antes de terminar o prazo, embora não ao inteiro alvedrio da autoridade nomeante...” (art. 128, § 2º e § 5º, da CF/1988 – SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

Em 2019, contudo, rompendo a informal tradição da lista tríplice, o Presidente Jair Bolsonaro ignorou os nomes encaminhados pela ANPR e nomeou para PGR, após a sua aprovação, em votação secreta, pelo pleno do Senado Federal, por 68 votos a favor, 10 contrários e 1 abstenção, o Dr. Augusto Aras (MSF 53/2019).

Apesar de a Constituição não exigir o procedimento da lista tríplice, pensamos que a tradição se mostrava bastante adequada e representativa da vontade da carreira, apesar de críticas como aquelas lançadas pelo próprio Augusto Aras de que a implementação da lista tríplice gerava uma negativa politização do procedimento, levando os aspirantes à PGR a fazer campanhas políticas e promessas corporativas (entrevista ao CONJUR, 2019).

E como se dá a destituição do Procurador-Geral da República?

O Procurador-Geral da República poderá ser destituído pelo próprio Presidente da República, dependendo, contudo, de prévia autorização da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, § 2º, da CF/1988 – novidade, já que, anteriormente, a escolha e a exoneração davam-se *ad nutum* pelo Presidente da República). A regra aqui é diferente da dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, pois o Chefe do MPU (PGR) poderá ser destituído pelo próprio Executivo, após prévia autorização do Legislativo. Os Chefes dos MPs dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (Procurador-Geral de Justiça) são destituídos pelo próprio Legislativo na forma, da Lei Complementar respectiva (art. 128, § 4º, da CF/1988), e não pelo Executivo.

Em relação ao subsídio do Procurador-Geral da República de que tratam os art. 37, XI, art. 39, § 4º, art. 127, § 2º e art. 128, § 5º, I, "c", da CF/1988, a Lei nº 13.753/2018, nos mesmos termos e limites, da Lei nº 13.752/2018 (que fixou os subsídios dos Ministros do STF – teto do funcionalismo), estabeleceu que o subsídio mensal do Procurador-Geral da República corresponderá a R$ 39.293,32, correndo as despesas resultantes da aplicação, da Lei à conta das dotações orçamentárias consignadas ao Ministério Público da União, devendo ser observado o art. 169, da CF/1988 e a LC nº 101/2000.

A título de curiosidade, indicamos abaixo a evolução dos valores: tendo em vista o aumento de 5% fixado pela Lei nº 12.042/2009, a partir de 2009, o subsídio mensal do PGR passou a ser de R$ 25.725,00, prevendo-se, na referida lei, um novo aumento de 3,88% a partir de 2010, quando atingiu o valor de R$ 26.723,13.

Finalmente, as Lei nº 12.770/2012 e Lei nº 13.092/2015 estabeleceram novos valores para o subsídio do Procurador-Geral da República, estando o atual determinado na Lei nº 13.753/2018, conforme já vimos:

- R$ 28.059,29: a partir de 2013;
- R$ 29.462,25: a partir de 2014;
- R$ 33.763,00: a partir de 2015;
- R$ 39.293,32: a partir de 2019.

12.2.4.2 Procurador-Geral de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma, da Lei respectiva, para escolha de seus Procuradores-Gerais, que serão nomeados pelo Chefe do Poder Executivo (Governador para os Estados e Presidente da República para o chefe do MP do DF e Territórios) para mandato de 2 anos, permitida uma única recondução. O Chefe do Ministério Público, nesta hipótese, designa-se Procurador-Geral de Justiça – PGJ (art. 128, § 3º, da CF/1988).

Em relação ao Procurador-Geral de Justiça dos Estados, o art. 9º, da Lei nº 8.625/1993 determina que a lista tríplice será formada pelo próprio MP, na forma, da Lei respectiva de cada Estado, mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira.[11] A destituição do PGJ dos Estados será implementada pela Assembleia Legislativa local, por deliberação de sua maioria absoluta, na forma, da Lei Orgânica do respectivo Ministério Público.[12]

Já em relação ao Procurador-Geral de Justiça do DF e Territórios, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 dispõe que a organização, atribuições e estatuto do MP do DF e Territórios serão objeto, da Lei Orgânica do MP da União, qual seja, da LC nº 75/1993.

Essa vinculação à União é natural, visto que, a teor dos art. 21, XIII e art. 22, XVII, da CF/1988, compete à União organizar e manter o MP do DF e Territórios.

O art. 156, caput, da LC nº 75/1993 estatui que o Procurador-Geral de Justiça do DF e Territórios será nomeado pelo Presidente da República (e não Governador do DF ou de Territórios) dentre integrantes de lista tríplice elaborada pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, para mandato de 2 anos, permitida uma recondução, precedida de nova lista tríplice.

Concorrerão à lista tríplice os membros do MP do Distrito Federal com mais de 5 anos de exercício nas funções da carreira e que não tenham sofrido, nos últimos 4 anos, condenação definitiva ou não estejam respondendo a processo penal ou administrativo.

Em relação à destituição, o art. 128, § 4º, da CF/1988 estabelece que o PGJ do DF e Territórios será destituído por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma, da Lei Complementar. O art. 156, § 2º, da LC nº 75/1993, dispõe que: "o Procurador-

---

[11] Para se ter um exemplo, no Estado de São Paulo, a matéria vem disciplinada no art. 10 da LC nº 734/1993-SP, que estabelece a nomeação do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Executivo (Governador de Estado), dentre os Procuradores de Justiça integrantes da lista tríplice, que será formada pelos Procuradores de Justiça mais votados em eleição, mediante voto obrigatório, secreto e plurinominal de todos os membros do MP do quadro ativo da carreira.

[12] No Estado de São Paulo, o art. 18, da LC nº 734/1993-SP estabelece que, após a aprovação da destituição, o Colégio de Procuradores de Justiça, diante da comunicação da Assembleia Legislativa, declarará vago o cargo de Procurador-Geral de Justiça e cientificará, imediatamente, o Conselho Superior do MP para que, caso não tenha baixado as normas regulamentadoras para elaboração da lista tríplice, de acordo com o art. 10, da LC nº 734/1993-SP, expeça-as, nos termos da aludida normatização.

Geral poderá ser destituído, antes do término do mandato, por deliberação da maioria absoluta do Senado Federal, mediante representação do Presidente da República". Cuidado: não é pela Câmara Legislativa do DF, e sim, enfatize-se, pela maioria absoluta do SF.

Cabe alertar, contudo, que, para o grande mestre José Afonso da Silva, a destituição do PGJ do DF e Territórios "... depende de deliberação do Poder Legislativo que, como órgão da União, é o Congresso Nacional", não aceitando somente uma das Casas, que, conforme apontado, é o Senado Federal.

Dessa forma, para as provas, é importante saber essa renomada opinião, mas, na medida em que o art. 128, § 4º, da CF/1988 estabelece que o procedimento de destituição implementar-se-á nos termos, da LC nº 75/1993, orientamos adotar a regra do art. 156, § 2º, da LC nº 75/1993, qual seja, como visto, o PGJ do DF e Territórios será destituído pela maioria absoluta do Senado Federal.

Por fim, uma dúvida pode surgir. E em caso de vacância do cargo, o novo Procurador-Geral assume pelo tempo que resta para completar os 2 anos (mandato-tampão) ou cumpre um novo "mandato" de 2 anos completos?

O novo Procurador-Geral deve cumprir os 2 anos, vale dizer, um novo período completo de 2 anos, já que, segundo José Afonso da Silva, não se trata de mandato, mas sim de investidura a tempo certo. E o STF já decidiu que: "por ofensa ao art. 128, § 3º, da CF/1988 – que fixa em dois anos o mandato dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal –, o Tribunal, julgando procedente a ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República, declarou, na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia (LC nº 11/1996-BA), a inconstitucionalidade das disposições que previam, no caso de vacância do cargo de Procurador-Geral de Justiça, a eleição e nomeação de novo Procurador-Geral para que completasse o período restante do mandato de seu antecessor. ADI 1.783-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2001 (ADI 1.783)" (Inf. 245/STF, de 2001).

Outra questão já decidida pelo STF está relacionada à impossibilidade de se exigir prévia aprovação da indicação do nome do PGJ pela maioria absoluta do Legislativo local, sob pena de ferir o art. 128, § 3º, da CF/1988, que traz como única exigência a lista tríplice, na forma, da lei, devendo o Chefe do Executivo nomear um dentre os integrantes da lista (cf. ADI 1.228-MC/AP, DJU de 1995; ADI 1.506-SE, DJU de 1999; ADI 1.962-RO, Rel. Min. Ilmar Galvão, 2001, e, mais recentemente, ADI 3.727, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

12.2.4.3 Procurador-Geral do Trabalho

Nos termos dos art. 87 e art. 88 da LC nº 75/1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União), o Procurador-Geral do Trabalho

será o Chefe do Ministério Público do Trabalho, nomeado pelo PGR, dentre membros da Instituição, com mais de 35 anos de idade e de 5 anos na carreira, integrante de lista tríplice escolhida mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores,[13] para um mandato de 2 anos, permitida uma recondução, observado o mesmo processo. Caso não haja número suficiente de candidatos com mais de 5 anos na carreira, poderá concorrer à lista tríplice quem contar mais de 2 anos na carreira.

A sua exoneração, antes do término do mandato, será proposta ao PGR pelo Conselho Superior,[14] mediante deliberação obtida com base em voto secreto de 2/3 de seus integrantes.

12.2.4.4 Procurador-Geral da Justiça Militar

Já os art. 120 e art. 121 da LC. nº 75/1993 prescrevem que o Procurador-Geral da Justiça Militar será o Chefe do Ministério Público Militar, nomeado pelo PGR, dentre integrantes da Instituição, também com mais de 35 anos de idade e de 5 anos na carreira, escolhidos em lista tríplice mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores,[15] para um mandato de 2 anos, permitida uma recondução, observado o mesmo processo. Caso não haja número suficiente de candidatos com mais de 5 anos na carreira, poderá concorrer à lista tríplice quem contar mais de 2 anos na carreira.

A sua exoneração antes do término do mandato será proposta ao PGR pelo Conselho Superior,[16] mediante deliberação obtida com base em voto secreto de 2/3 de seus integrantes.

12.2.4.5 Procurador-Geral Eleitoral

Conforme vimos, o art. 73 da LC nº 75/1993 consigna que o Procurador-Geral Eleitoral é o próprio PGR que exerce as funções do Ministério Público nas causas de competência do TSE.

---

[13] De acordo com o art. 93 da LC nº 75/1993, o Colégio de Procuradores do Trabalho, presidido pelo Procurador-Geral do Trabalho, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público do Trabalho.

[14] De acordo com o art. 95, da LC nº 75/1993, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, presidido pelo Procurador-Geral do Trabalho, tem a seguinte composição: I – o Procurador-Geral do Trabalho e o Vice-Procurador-Geral do Trabalho, que o integram como membros natos; II – 4 Subprocuradores-Gerais do Trabalho, eleitos para um mandato de 2 anos, pelo Colégio de Procuradores do Trabalho, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição; III – 4 Subprocuradores-Gerais do Trabalho, eleitos para um mandato de 2 anos, por seus pares, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição.

[15] De acordo com o art. 126 da LC nº 75/1993, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, presidido pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público da Justiça Militar.

[16] De acordo com o art. 128 da LC nº 75/1993, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, presidido pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, tem a seguinte composição: I – o Procurador-Geral da Justiça Militar e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar; II – os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar.

Por sua vez, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral será designado pelo Procurador-Geral Eleitoral, que o substituirá em seus impedimentos e exercerá o cargo em caso de vacância, até o provimento definitivo.

Ainda, além do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, o Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, membros do Ministério Público Federal para oficiarem, com sua aprovação, perante o TSE.

12.2.4.6 Procurador Regional Eleitoral

Incumbe ao Procurador-Geral Eleitoral (que é o PGR, reforçamos) designar o Procurador Regional Eleitoral em cada Estado e no Distrito Federal, juntamente com o seu substituto, dentre os Procuradores Regionais da República no Estado e no Distrito Federal, ou, onde não houver, dentre os Procuradores da República vitalícios, para mandato de 2 anos, podendo ser reconduzido uma vez.

Na prática, buscando dar maior legitimidade – apesar da inexistência de previsão normativa –, vêm sendo realizadas eleições no âmbito do MPF para a escolha dos 2 nomes (candidatos a Procurador Regional Eleitoral e o seu substituto) e, normalmente, sem ter essa obrigação, o PGR vem escolhendo os integrantes da chapa mais votada.

De acordo com o art. 76, § 2º, da LC nº 75/1993, o Procurador Regional Eleitoral poderá ser destituído, antes do término do mandato, por iniciativa do Procurador-Geral Eleitoral, anuindo a maioria absoluta do Conselho Superior do Ministério Público Federal.[17]

Compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, além de dirigir, no Estado, as atividades do setor.

Nesse sentido, a Res. nº 30/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, traçando parâmetros para a indicação e a designação de membros do Ministério Público para exercer função eleitoral em 1º grau, estabeleceu competir tal atribuição ao Procurador Regional Eleitoral, com base em indicação do Chefe do Ministério Público local, qual seja, com base na indicação do Procurador-Geral de Justiça – PGJ.

Conforme visto, essa incumbência conferida ao Procurador Regional Eleitoral de designar os membros do Ministério Público estadual que atuarão junto à Justiça Eleitoral, na forma do art. 79 da LC nº 75/1993, foi declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 3.802 (j. 2016, DJE de 2016).

---

[17] De acordo com o art. 54 da LC nº 75/1993, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, presidido pelo PGR, tem a seguinte composição: I – Procurador-Geral da República e o Vice-Procurador-Geral da República, que o integram como membros natos; II – 4 Subprocuradores-Gerais da República eleitos, para mandato de 2 anos, na forma do art. 53, III, da LC nº 75/1993, permitida uma reeleição; III – 4 Subprocuradores-Gerais da República eleitos, para mandato de dois anos, por seus pares, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição.

Finalmente, cumpre observar que o Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, outros membros do MPF para oficiar, sob a coordenação do Procurador Regional, perante os TREs.

12.2.4.7 Novas perspectivas em relação à nomeação do PGR

A "PEC Paralela do Judiciário" (PEC nº 358/2005, que voltou à CD, já aprovada, como 29-A/2005, no SF), modificando o art. 128, § 1º, da CF/1988, explicita que o PGR deva ser oriundo do MPF (tendo em vista as atribuições especializadas dos MPs do Trabalho e Militar e a atuação limitada a uma unidade da Federação do MP do DF e Territórios) e permite, diferentemente da regra atual, apenas uma recondução.

Essa informação é importante para as provas (oral e escrita – para demonstrar conhecimento), mas ainda depende de aprovação em 2 turnos da CD.

12.2.4.8 PGR e conflito negativo de atribuição entre órgãos do Ministério Público

Em caso concreto, instaurou-se conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal para a apuração de crime contra o mercado de capitais (art. 27-E, da Lei nº 6.385/1976).

Diante do impasse, foi proposta pelo Ministério Público Estadual ação civil originária no STF, objetivando resolver de quem seria a atribuição. A Corte, contudo, resolvendo questão de ordem, não conheceu da ação e remeteu os autos ao PGR por entender ser deste a competência para apreciar o referido conflito. Conforme se estabeleceu, o STF não poderia julgar essa questão por inexistir previsão nas alíneas do art. 102, I, da CF/1988, sustentando-se, para essa questão, ser o PGR "órgão nacional do ministério público", com o que, como veremos, não concordamos.

Conforme decidiu a Corte, o conflito seria incapaz de comprometer o pacto federativo e, então, afastando a aplicação do art. 102, I, "f",, da CF/1988, seguindo precedentes (ACO 924/PR, ACO 1.394/RN, Pet 4.706/DF e Pet 4.863/RN, j. 2016), foi proposta a seguinte tese de julgamento pelo Min. Barroso: "cabe ao Procurador-Geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do Ministério Público", sem se fazer nenhuma distinção entre Ministério Público Federal e estadual. Ou seja, pela tese estabelecida, o conflito entre ministérios públicos de estados diferentes seria resolvido pelo PGR, que, como todos sabem, é o chefe do MPU e não dos Ministérios Públicos dos Estados, em sentido extremamente complicado e, em nosso entender, flagrantemente inconstitucional.

Com o máximo respeito, não concordamos com esse entendimento, pois, da maneira como decidido, haverá nulificação da autonomia institucional dos ministérios públicos estaduais (nesse sentido, vencidos os Min. Marco Aurélio e Celso de Mello, tendo o Min. Lewandowski sugerido a futura revisão da tese definida – cf. ACO 1.567-QO/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2016, DJE de 2017).

Com precisão, disse o Min. Celso de Mello: "a orientação que se firmou no pleno desta Egrégia Corte Suprema ostenta [...] a marca da inconstitucionalidade, pois estabelece um indesejável vínculo de subordinação institucional dos Ministérios Públicos locais ao eminente Chefe do Ministério Público da União, em clara e frontal transgressão ao princípio da autonomia constitucional do Ministério Público dos Estados-membros".

12.2.5 Princípios institucionais

12.2.5.1 Regras gerais

O art. 127, § 1º, da CF/1988 prevê como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

• unidade: sob a égide de um só Chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente funcional. Importante notar, porém, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e o dos Estados, nem entre os ramos daquele;

• indivisibilidade: corolário do princípio da unidade, em verdadeira relação de logicidade, é possível que um membro do Ministério Público substitua outro, dentro da mesma função, sem que, com isso, exista alguma implicação prática. Isso porque quem exerce os atos, em essência, é a instituição "Ministério Público", e não a pessoa do Promotor de Justiça ou Procurador;

• independência funcional: trata-se de autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a nenhum poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem. A hierarquia existente restringe-se às questões de caráter administrativo, materializada pelo Chefe da Instituição, mas nunca, como dito, de caráter funcional. Tanto é que o art. 85, II, da CF/1988 considera crime de responsabilidade qualquer ato do Presidente da República que atentar contra o livre exercício do Ministério Público.

12.2.5.2 O Ministério Público estadual pode postular autonomamente perante o STF, assim como apresentar sustentação oral, sem que se exija a ratificação pelo PGR?

O STF analisou, em um primeiro momento, a legitimidade autônoma ou não do MP Estadual para o ajuizamento de reclamação constitucional perante o STF (art. 102, I, "l", da CF/1988), nos autos da Rcl 7.358, na qual se analisava o suposto descumprimento da Súmula Vinculante 9 pelo TJ/SP.[18]

A discussão surgiu a partir do voto da Rel. Min. Ellen Gracie que, em razão do art. 46 da LC nº 75/1993, entendeu que o PGR teria a atribuição exclusiva para atuação perante o STF.

O citado art. 46, da LC nº 75/1993 determina ser incumbência do Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao STF, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.

Contudo, o Min. Marco Aurélio, em divergência, sustentou que, como o MP Estadual havia atuado na 1ª e na 2ª instâncias, não teria sentido retirar a atribuição para o ajuizamento de reclamação do parquet estadual.

Ao final, referida questão de ordem foi resolvida por 6 x 4, concluindo o STF, nos termos da divergência aberta, pelo reconhecimento da legitimidade autônoma do MP Estadual para a propositura de reclamação perante o STF, sem a necessidade de requerimento junto ao PGR, que, no caso, atuaria não como parte, mas como *custos legis* (lembramos que o CPC não usa mais a expressão "fiscal, da lei", prevista no art. 83, caput, do revogado CPC/1973, passando a falar em "fiscal da ordem jurídica").[19]

Outro argumento trazido pelo Min. Cezar Peluso foi a constatação de que o art. 46 da LC nº 75/1993, que determina ser incumbência do Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao STF, encontra-se dentro de seção que trata apenas do MPF, não se podendo, assim, exigir a aplicação da referida regra quando o MP Estadual for parte (Rcl 7.358).

Alertamos que esse entendimento firmado para o MP Estadual não deve ser aplicado em relação aos ramos do MPU (MPF, MPT, MPM e MP do DF e Territórios), cujo Chefe é o PGR (art. 128, § 1º, da CF/1988). Vejamos decisão expressa em relação ao MPT:

"EMENTA: Ausência de legitimidade do MPT para atuar perante a Suprema Corte. Atribuição privativa do Procurador-Geral da República. [...] Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao STF, nos termos do art. 46 da LC 75/1993. Existência de precedentes do Tribunal em casos análogos. O exercício das atribuições do MPT se circunscreve aos órgãos da Justiça do Trabalho, consoante se infere dos art. 83, art. 90, art. 107 e art. 110 da LC 75/1993. Agravo regimental interposto pelo

---

[18] Confira comentários à referida súmula no item 11.14.12

[19] Nesse mesmo sentido, cf.: Rcl 7.101, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2011; Rcl 7.358, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2011, Plenário, DJE de 2011. Em sentido contrário, em nosso entender superado em razão dos precedentes citados, cf.: Rcl 4.453-MCAgR-AgR/SE, j. 2009, DJE de 2009, assim como Rcl 6.541 e Rcl 6.856. Reconhecendo a autonomia institucional do MP Estadual (não subordinado ao PGR), cf. importante decisão proferida pelo Min. Celso de Mello (Rcl 7.245, j. 2010, DJE de 2010).

MPT contra decisão proferida em reclamação ajuizada nesta Casa. Processo que não está sujeito à competência da Justiça do Trabalho, mas sim do próprio STF, motivo por que não pode o MPT nele atuar, sob pena de usurpação de atribuição conferida privativamente ao Procurador-Geral da República" (Rcl 4.453-MCAgRAgR e Rcl 4.801-MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).[20]

Finalmente, em momento seguinte, a Corte ampliou o entendimento exposto acima (em relação à reclamação constitucional) e deixou claro que "o Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º, da CF/1988), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STF, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual", podendo, inclusive, promover sustentação oral (RE 593.727, j. 2015).

12.2.6 Princípio do promotor natural

Além de ser julgado por órgão independente e pré-constituído, o acusado também tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores *ad hoc* ou por encomenda (art. 5º, LIII e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2º, da CF/1988).[21]

Na doutrina o tema foi bastante debatido, chegando alguns autores a defendê-lo antes mesmo da atual Constituição, destacando-se, pioneiramente, Hugo Nigro Mazzilli, Jaques de Camargo Penteado, Clóvis A. Vidal de Uzeda e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

A Constituição assegura que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5. º, LIII, da CF/1988).

Depois de muito debate, a Suprema Corte aceitou a ideia de promotor natural, recomendando-se a discussão no *leading case*, que foi o HC 67.759.

Em referido julgamento, o Min. Celso de Mello estabeleceu que "o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada

---

[20] No mesmo sentido, cf.: Rcl 4.980-MC-AgR, Rcl 5.543-AgR, Rcl 4.931-AgR, Rcl 5.079-AgR, Rcl 5.304-ED, Rcl 6.482-MC-AgR-AgR, Rcl 5.381- ED, Rcl 4.091-AgR, Rcl 4.592-AgR, Rcl 4.787-AgR, Rcl 4.924-AgR, Rcl 4.989-AgR, Rcl 7.931-AgR. Ainda, Rcl 7.318-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2012, Plenário, DJE de 2012, e Rcl 6.239-AgR-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, j. 2012, Plenário etc.

[21] Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro: *Regime jurídico do ministério público*.

tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável" (HC 67.759, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1992, Plenário, DJ de 1993).

Em outro julgado, o Min. Celso de Mello, de maneira interessante, asseverou que "a consagração constitucional do princípio do Promotor Natural significou o banimento de "manipulações casuísticas ou designações seletivas efetuadas pela Chefia da Instituição" (HC 71.429/SC), em ordem a fazer suprimir, de vez, a figura esdrúxula do "acusador de exceção" (HC 67.759/RJ). O legislador constituinte, ao proceder ao fortalecimento institucional do Ministério Público, buscou alcançar duplo objetivo: a) instituir, em favor de qualquer pessoa, a garantia de não sofrer arbitrária persecução penal instaurada por membro do Ministério Público designado "*ad hoc*" e b) tornar mais intensas as prerrogativas de independência funcional e de inamovibilidade dos integrantes do "Parquet". A garantia da independência funcional, viabilizada, dentre outras, pela prerrogativa da inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (art. 127, § 1º, da CF/1988) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa" (HC 102.147, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 2010, DJE de 2011).

Buscando sistematizar, a doutrina avança e, conforme ensina Carneiro, a garantia do promotor natural passa, necessariamente, por quatro exigências básicas:

• "pessoa investida no cargo de promotor;

• existência de órgão de execução;

• lotação por titularidade e inamovibilidade do promotor do órgão de execução, ressalvadas as hipóteses legais de substituição e remoção;

• definição em Lei das atribuições do cargo".[22]

Nelson Nery Junior, por seu turno, partindo da ideia de promotor natural, ao tratar das equipes especializadas de investigação do Ministério Público observa que "... criadas com o objetivo de melhor distribuir a promoção da justiça pelo Parquet, são salutares e devem ser mantidas. Entretanto, seus componentes deverão ser Promotores de Justiça com cargo fixo e com atribuições designadas na lei, de sorte a respeitar-se o princípio do promotor natural

[22] CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro: *O ministério público no processo civil e penal*.

e a garantia da inamovibilidade de que goza o membro do Ministério Público. Entender-se o contrário, retirando do órgão do Parquet atribuição para funcionar na equipe especializada, seria o mesmo que lhe negar a inamovibilidade, garantida pela Constituição Federal. Os promotores de justiça de equipes especializadas não podem ser designados e removidos ao alvitre do Procurador-Geral de Justiça".[23]

Veja, finalmente, lembrando que o tema deverá ser aprofundado nos livros de direito penal e processual penal, interessante aplicação do princípio do promotor natural na jurisprudência do STF.

Pedido de arquivamento dos autos do inquérito policial por um promotor de justiça e oferta da denúncia por outro:

"EMENTA: [...] Crime de homicídio qualificado. Alegação de violação ao princípio do promotor natural e de ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia. Inexistência de constrangimento ilegal. Nenhuma afronta ao princípio do promotor natural há no pedido de arquivamento dos autos do inquérito policial por um promotor de justiça e na oferta da denúncia por outro, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça, após o Juízo local ter considerado improcedente o pedido de arquivamento. A alegação de falta de justa causa para o oferecimento da primeira denúncia foi repelida pelo Tribunal de Justiça estadual, sendo acatada tão somente a tese de sua inépcia. Não se pode trancar a segunda denúncia, quando descritos, na ação penal, comportamentos típicos, ou seja, quando factíveis e manifestos os indícios de autoria e materialidade delitivas. [...]" (HC 92.885, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2008, DJE de 2008).

Ocorrência de opiniões colidentes manifestadas, em momentos sucessivos, por procuradores de justiça oficiantes no mesmo procedimento recursal.

Em outro interessante julgado, o STF teve de enfrentar a seguinte situação: após interposição do recurso em sentido estrito, determinado procurador de justiça emitiu parecer pela impronúncia. Contudo, na sessão de julgamento, outro procurador de justiça se manifestou pelo improvimento do recurso e confirmação da sentença de pronúncia.

Diante disso, o STF admitiu a ocorrência de opiniões colidentes nos seguintes termos:

"EMENTA: [...]. Ocorrência de opiniões colidentes manifestadas, em momentos sucessivos, por procuradores de justiça oficiantes no mesmo procedimento recursal. Possibilidade jurídica dessa divergência opinativa. Pronunciamentos que se legitimam em face da autonomia intelectual que qualifica a atuação do membro do Ministério Público. Situação que não traduz ofensa ao postulado do promotor natural. Significado dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público. "*habeas corpus*"

---

[23] NERY JR., Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal.*

parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido" (HC 102.147, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 2010, DJE de 2011).

Deve-se deixar claro que o STF não passou a admitir a imotivada designação de promotores para atuarem, por encomenda, em casos específicos.

Na parte conclusiva de seu voto, o Min. Celso de Mello observa que o princípio do Promotor Natural impede o arbitrário afastamento do membro do Ministério Público do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que ordinariamente oficie (ou em que deva oficiar), exceto:

- "por relevante motivo de interesse público";
- "por impedimento ou suspeição";
- "por razões decorrentes de férias ou de licença".

Designação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de outro promotor, com a concordância do promotor de justiça titular, para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele.

O art. 10, IX, "f", da Lei nº 8.625/1993 (LONMP) estabelece ser competência do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste.

Nesta última hipótese ("consentimento deste"), o art. 24, da LONMP estabelece que o Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele.

Diante do que foi amplamente exposto, entendemos conveniente que esse ato de designação seja motivado e dentro de critérios de razoabilidade, reprimindo substituições imotivadas ou por inaceitável e combatida encomenda.

Assim, parece correta a decisão do STF que validou a substituição de promotor titular, recém-promovido para determinada promotoria, em razão da complexidade do feito, com 14 volumes e diversos incidentes, e pelo fato de o indicado ter atuado como promotor de justiça originário/natural do caso quando exercia as suas atribuições na referida comarca do julgamento:

"EMENTA: [...]. No caso, a designação prévia e motivada de um promotor para atuar na sessão de julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Santa Izabel do Pará se deu em virtude de justificada solicitação do promotor titular daquela localidade, tudo em estrita observância aos arti 10, IX, "f", parte final, e art. 24, da Lei nº 8.625/1993. Ademais, o promotor designado já havia atuado no feito quando do exercício de suas atribuições na Promotoria de Justiça da referida comarca" (HC 103.038, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2011, 2ª T., DJE de 2011).

Propositura da ação penal nos casos previstos no art. 105, I, "a", da CF/1988, pelo Procurador-Geral da República perante o STJ. Possibilidade de delegação dessa competência a Subprocurador-Geral da República

Esse tema é muito interessante, e o STF chegou a analisar se seria possível atribuir ao PGR atuação perante outros tribunais, que não a Suprema Corte, por meio de ato infraconstitucional.

Ao que se percebe pela análise do caso concreto, a atribuição ao PGR para a propositura da ação penal perante o STJ nas hipóteses do art. 105, I, "a", da CF/1988, deu-se nos termos do art. 48, II, da LC nº 75/1993, assim como a possibilidade de delegação dessa atribuição, nos termos do parágrafo único do referido art. 48, II, da LC nº 75/1993.

Dessa forma, diante da previsão normativa, a legitimidade *ad processum* do PGR para subscrever a denúncia em ação penal originária perante o STJ dar-se-á para processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos TJs dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos TCs dos Estados e do Distrito Federal, os dos TRFs, dos TREs e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou TCs dos Municípios e os do MPU que oficiem perante tribunais.

A constitucionalidade dessa atribuição foi discutida nos autos da ADI 2.913, ajuizada, à época, pelo então PGR Cláudio Fonteles.

Entre os argumentos expostos, estava a previsão de atuação do PGR somente perante o STF, conforme art. 36, III, art. 102, I, "b" e art. 102, VI, da CF/1988.

Alegava-se que eventual fixação de atribuição para atuar perante outro tribunal que não o STF deveria dar-se por meio de explícita previsão constitucional ou por emenda à Constituição, conforme os termos, da EC nº 45/2004 que estabeleceu a competência do PGR para o ajuizamento do IDC (Incidente de Deslocamento de Competência) perante o STJ (art. 109, § 5º, da CF/1988).

Contudo, em referido julgamento, o STF, por maioria, entendeu ser perfeitamente possível a ampliação de atribuições do PGR nos termos do art. 128, § 5º, da CF/1988, qual seja, por meio de Lei Complementar, notadamente, pela LC nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Assim, de acordo com o art. 48, II, parágrafo único, da LC nº 75/1993, incumbe ao Procurador-Geral da República propor perante o STJ a ação penal, nos casos previstos no art. 105, I, "a", da CF/1988, podendo tal competência ser delegada a Subprocurador-Geral da República.

Confira a decisão do STF que, por 7 x 2, reconheceu a constitucionalidade do art. 48, II, parágrafo único, da LC nº 75/1993:

"EMENTA: [...]. Ampliação de atribuições por Lei Complementar. Constitucionalidade. 1. São constitucionais o art. 48, parágrafo único, II, da LC nº 75/1993, que atribuem ao PGR a competência para propor, no STJ, a ação penal prevista no art. 105, I, "a", da CF/1988, além de permitirem a delegação dessa competência a Subprocurador-Geral da República. 2. ADI julgada improcedente" (ADI 2.913, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 2009, Plenário, DJE de 2011). Cf., também, HC 84.630, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2005, 1ª T., DJ de 2006. No mesmo sentido, cf.: HC 84.468 e HC 84.488, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2006, 1ª T.

12.2.7 Garantias do Ministério Público

12.2.7.1 Garantias institucionais

12.2.7.1.1 Autonomia funcional

A autonomia funcional, inerente à Instituição como um todo e abrangendo todos os órgãos do Ministério Público, está prevista no art. 127, § 2º, da CF/1988, no sentido de que, ao cumprir os seus deveres institucionais, o membro do Ministério Público não se submeterá a nenhum outro "poder" (Legislativo, Executivo ou Judiciário), órgão, autoridade pública etc. Deve obediência, apenas, à Constituição, às leis e à sua própria consciência.

12.2.7.1.2 Autonomia administrativa

A autonomia administrativa consiste na capacidade de direção de si próprio, autogestão, autoadministração, um governo de si. Assim, o Ministério Público poderá, observado o disposto no art. 169, da CF/1988, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira, enfim, sua organização e funcionamento (cf. art. 127, § 2º, da CF/1988).[24]

12.2.7.1.3 Autonomia financeira

Pela garantia institucional da autonomia financeira, ao Ministério Público assegurou-se a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias, podendo, autonomamente, administrar os recursos que lhe forem destinados (cf. art. 127, § 3º, da CF/1988).

[24] O art. 127, § 2º, da CF/1988 teve a sua redação alterada pela EC nº 19/1998.

Assim como fixado para a Magistratura e já estudado (art. 99, § 3º, § 4º e § 5º, da CF/1988), a EC nº 45/2004 regulamentou o procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Ministério Público e solução em caso de inércia. Proibiu, outrossim, a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites fixados na Lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 127, § 4º, § 5º e § 6º, da CF/1988).

12.2.7.2 Garantias dos membros do Ministério Público

12.2.7.2.1 Vitaliciedade

Adquire-se a vitaliciedade após a transcorrência do período probatório, ou seja, 2 anos de efetivo exercício do cargo, tendo sido admitido na carreira mediante aprovação em concurso de provas e títulos (art. 128, § 5º, I, "a", da CF/1988). A garantia da vitaliciedade assegura ao membro do Ministério Público a perda do cargo somente por sentença judicial transitada em julgado.[25]

12.2.7.2.2 Inamovibilidade

Em razão da garantia da inamovibilidade, o membro do Ministério Público não poderá ser removido ou promovido, unilateralmente, sem a sua autorização ou solicitação. Excepcionalmente, contudo, por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público (no caso, o Conselho Superior do Ministério Público[26]), por voto da maioria absoluta de seus membros, desde que lhe seja assegurada ampla defesa, poderá vir a ser removido do cargo ou função (art. 128, § 5º, I, "b", da CF/1988, modificado pela EC nº 45/2004).

12.2.7.2.3 Irredutibilidade de subsídios

É assegurada ao membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "c", da CF/1988) a garantia da irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, da CF/1988, e ressalvado o disposto nos art. 37, X e XI, art. 150, II, art. 153, III, art. 153, § 2º, I, da CF/1988. Como vimos ao comentar a irredutibilidade dos magistrados, o subsídio dos

---

[25] "A vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (art. 38, I, da LOMP)" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*.).

[26] Cf., também, art. 15, VIII, da Lei nº 8.625/1993 (ao dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados) e art. 211, da LC nº 75/1993 (que dispõe sobre a organização, atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União).

membros do Ministério Público não poderá ser reduzido, lembrando que está assegurada a irredutibilidade nominal, não se garantindo a corrosão inflacionária.[27]

12.2.7.3 Impedimentos imputados aos membros do Ministério Público (vedações)

De acordo com os art. 128, § 5º, II, § 6º e art. 129, IX, da CF/1988, os membros do Ministério Público não poderão:

• receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

• exercer a advocacia.[28]

Em relação ao exercício da advocacia devemos observar que essa proibição não é absoluta.

O art. 29, § 3º, do ADCT estabeleceu que o membro do Ministério Público poderia optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, desde que admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

Resta investigar, então, como era o regime anterior, quando da promulgação do texto, em relação à referida vedação:

a) Ministério Público Estadual: por expressa previsão do art. 24, § 2º, da LC nº 40/1981, os membros do MP Estadual estavam expressamente proibidos de advogar;

b) Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios: o art. 60, da LC nº 40/1981 determinava aplicar-se à organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, no que coubesse, as normas constantes na referida Lei. Assim, no caso, aplicando-se a vedação constante do art. 24, § 2º, da LC nº 40/1981, em relação aos membros do MP Estadual, pode-se concluir que os membros do MP do DF e dos Territórios também estavam proibidos de advogar;

c) Ministério Público Federal, da Justiça do Trabalho e junto à Justiça Militar: os dispositivos normativos que disciplinavam a carreira do MPU (Lei nº 1.341/1951 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, que veio a ser substituída pela LC nº 75/1993, Lei

---

[27] Como já vimos, essa garantia também abrange os magistrados (art. 95, III, da CF/1988) e ocupantes de cargos e empregos públicos, na medida em que o art. 37, XV, da CF/1988, estabelece que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto no art. 37, XI e XIV, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III e art. 153, § 2º, I, da CF/1988.

[28] Vide art. 28, II, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a OAB). "A sadia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*).

nº 6.788/1980, Decreto nº 40.359/1956 – MPT e Decreto nº 73.173/1973 – MPM) não traziam essa expressa vedação, exceto na hipótese de contrariar os interesses da União ou da Fazenda Nacional.

Podemos afirmar, então, que a vedação não era em relação a todo o Ministério Público, mas apenas para o MP Estadual e para o MP do DF e dos Territórios.

Portanto, os membros do MPU junto à Justiça Comum (MPF), à Militar (MPM) e à do Trabalho (MPT), com a exceção dos integrantes do MP do DF e dos Territórios, podiam advogar, já que não havia expressa vedação.

Cabe referir, conforme os considerandos da Res. nº 16/2006-CNMP, "que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido, em abril de 1987, que a proibição de advogar, nos termos, da LC nº 40/1981 e DL nº 2.627/1985, aplicava-se, integralmente, aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, inexistindo, no caso, violação de direito adquirido, uma vez que não há direito adquirido a regime jurídico (AgRg 117.625-3, Rel. Ministro Moreira Alves)".

O tema, por sua vez, foi regulamentado pelo CNMP, nos termos da citada Res. nº 16/2006 (ao dar nova redação ao art. 1º da Res. nº 8/2006): "somente poderão exercer a advocacia com respaldo no art. 29, § 3º, do ADCT, os membros do Ministério Público da União que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. O exercício da advocacia, para os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios está, incondicionalmente, vedado, desde a vigência do art. 24, § 2º, da LC nº 40/1981", além, é claro, conforme visto, da proibição em relação aos membros do Ministério Público Estadual.

É de lembrar que, na dicção do art. 2º da Res. nº 8/2006-CNMP, além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, quando puderem advogar, estes não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de Lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União).

Finalmente – e o tema será aprofundado quando tratarmos da AGU –, no regime jurídico anterior, os membros do MPF exerciam, além de outras atribuições, a representação judicial da União.

Com o novo texto, os membros do MPF ficaram proibidos de representar a União, mas, por força do art. 29, caput, do ADCT, eles continuaram, temporariamente, a exercer a advocacia, representando judicialmente a União, até que fosse editada a LC nº 73/1993.

• participar de sociedade comercial, na forma, da Lei;

• exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

No julgamento da ADPF 388, em 2016 (DJE de 2016), o STF estabeleceu interpretação conforme à Constituição no sentido de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, declarando a inconstitucionalidade da Res. nº 72/2011-CNMP, e determinando a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até 20 dias após a publicação da ata de julgamento.

O caso concreto se referia à nomeação de Procurador de Justiça do Estado da Bahia que ingressou na carreira depois, da CF/1988, para o cargo de Ministro da Justiça.

Em razão desse entendimento, o CNMP editou a Res. nº 144/2016 (DECNMP de 2016), revogando expressamente a Res. nº 72/2011-CNMP e restaurando a vigência dos art. 2º, art. 3º e art. 4º da Res. nº 5/2006-CNMP. Essa vedação não alcança os membros do MP que integravam o Parquet em 1988 e que tenham manifestado a opção, pelo regime anterior, exercer atividade político-partidária; sem qualquer exceção, nos termos da restrição trazida pela EC nº 45/2004, ao alterar a redação do art. 128, § 5º, II, "e", da CF/1988 (cf. Res. nº 5/2006 do CNMP);

A Res. nº 22.095/2005-TSE (DJ de 2005, nos termos da Res. nº 22.045/2005-TSE) previu ser imediata a aplicação, da EC nº 45/2004 e sem ressalvas, abrangendo aqueles que adentraram nos quadros do Ministério Público tanto antes quanto depois da referida Emenda à Constituição. Também o art. 13, da Res. nº 22.156/2006-TSE estabeleceu que os magistrados, os membros dos Tribunais de Contas e os do Ministério Público devem filiar-se a partido político e afastar-se definitivamente de suas funções até 6 meses antes das eleições.

Em sentido contrário, porém, destacamos julgado do TSE (decisão monocrática do Min. Cezar Peluso) que entendeu pela não aplicação da regra, da EC nº 45/2004, que veda o exercício de atividade político-partidária aos membros do MP, por força do art. 29, § 3º, do ADCT, àqueles que ingressaram na carreira antes da promulgação, da CF/1988.

Destacamos o caso particular do RO 1.070, requerido por Fernando Capez no TSE, que confirmou a sua candidatura pela coligação PSDB/PFL em eleição na qual obteve 95.101 votos no pleito de 2006 para o exercício do mandato de Deputado Estadual (SP).[29]

Contra referido acórdão, foi interposto, em 2008, pelo Ministério Público Eleitoral, o RE 594.154. Tendo em vista que o mandato de deputado estadual a que se referia a candidatura impugnada iniciou-se em 2007 e teve fim em 2010, o recurso perdeu seu objeto, sendo, portanto, julgado prejudicado (art. 21, IX, do RISTF). Fernando Capez foi reeleito para nova legislatura, com término previsto para 2014.

---

[29] Cf., também, RO 999/TSE, que serviu de precedente para o voto monocrático do Ministro Peluso, com certa particularidade, qual seja, o membro do MP já ser Deputado Federal quando do advento, da EC nº 45/2004 e ter feito a opção do art. 29, § 3º, do ADCT. No caso indicado (RO 1.070 – Fernando Capez), a manifestação pelo regime anterior se deu em 2006, e à época da promulgação, da EC nº 45/2004 o recorrente exercia a função de promotor de justiça.

Ainda, é de mencionar o interessante caso da Promotora de Justiça licenciada Maria do Carmo, que, considerada inelegível, teve seu registro de candidatura indeferido pela Justiça Eleitoral, pois, apesar de estar tentando a reeleição, encontraria vedação no art. 128, § 5º, II, da CF/1988.

Contudo, tendo participado das eleições municipais de 2008 para a Prefeitura de Santarém (PA), obteve 77.458 votos, que equivalem a 52,81% dos votos válidos. O STF, por 6 x 4, deu provimento ao RE 597.994 interposto e validou o registro de sua candidatura, estabelecendo, assim, um interessante precedente:

"Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que socorre a recorrente é o direito, atual – não adquirido no passado, mas atual – a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo art. 14, § 5º, da CF/1988. Não há contradição entre os preceitos contidos no art. 14, § 5º e no art. 128, § 5º, II, "e", da CF/1988. [...]" (RE 597.994, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, j. 2009, DJE de 2009).

• receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

• exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos 3 anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (quarentena), nos termos do art. 128, § 6º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 45/2004;

• exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

12.2.7.4 Abrangência das garantias e impedimentos

As garantias e vedações apresentadas não têm aplicação integral, na medida em que o art. 29, § 3º, do ADCT prevê a possibilidade de opção pelo regime anterior, no tocante às garantias e vantagens, na hipótese de o membro do Ministério Público ter sido admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data da aludida promulgação.[30]

Assim, ou o membro do Ministério Público escolhia submeter-se às novas regras traçadas pela CF/1988 (por nós já apontadas as garantias e vedações), ou escolhia o regime jurídico anterior, em que existia a regra do concurso público, da estabilidade (podendo ser demitidos ou por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se

[30] "... com isso, só para os novos integrantes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscriminados e por tempo indeterminado, para prestar serviços de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*).

lhes facultasse a ampla defesa) e da inamovibilidade, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço (art. 138, § 1º, da CF/1967).

12.2.8 Funções institucionais do Ministério Público

As funções institucionais do Ministério Público estão contempladas no art. 129, da CF/1988. Trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que o art. 129, X, da CF/1988, estabelece que compete, ainda, ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Assim, suas funções podem ser exemplificadas como segue:

• titularidade e monopólio da ação penal pública, na forma, da lei, com a única exceção prevista no art. 5º, LIX, da CF/1988, que admite ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (sem, contudo, observe-se, retirar a titularidade da ação penal pública do Ministério Público);[31]

A partir desse dispositivo constitucional, gostaríamos de destacar importante questão envolvendo a pena de multa imposta em condenação criminal e a legitimidade e competência de sua execução.

O art. 51, do CP, foi alterado duas vezes. Em sua redação original, dada pela Lei nº 7.209/1984, havia a previsão de conversão da pena de multa em pena de detenção, quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução. A Lei nº 9.268/1996, contudo, afastou essa possibilidade de conversão e estabeleceu que, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa seria considerada dívida de valor.

A grande questão a resolver era saber o legitimado para essa execução e a competência de sua execução.

Apesar de grande divergência doutrinária, o STJ editou a S. 521, com o seguinte teor: "a legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública" (3ª Seção, j. 2015, DJE 2015).

A matéria foi questionada no STF, que afastou o entendimento firmado na S. 521-STJ (que prescrevia a exclusividade da Procuradoria da Fazenda Pública). Vejamos as teses do julgamento pelo STF: "a) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito

[31] Evocando os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da igualdade substancial (art. 5º, I, da CF/1988), do dever da lei, de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988), bem como a regra do art. 226, § 8º, da CF/1988, segundo a qual o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, o STF, dando interpretação conforme a Constituição aos art. 12, I, e art. 16, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), estabeleceu que a ação penal para a apuração dos delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da vítima. Tratase, portanto, de ação penal pública incondicionada (cf. ADC 19 e ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2012, Plenário, Inf. 654/STF, bem como item 19.9.5).

pelos artigos 164 e seguintes, da LEP; b) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito, da Lei nº 6.830/1980" (ADI 3.150, j. 2018, DJE de 2019, Rel. Min. Barroso, na linha do voto proferido na 12ª Questão de Ordem na AP 470 – mensalão).

Estabelecia-se, assim, a legitimação prioritária do MP perante a Vara de Execuções Penais, afinal, "a Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, "c", da CF/1988, e a subsidiária da Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o MP não atuasse em prazo razoável fixado em 90 dias.

A Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), por sua vez, modificou novamente o art. 51, do CP, deixando claro a competência do juiz da execução penal. Vejamos: "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

Portanto, muito embora tenha sido dito que a multa será considerada dívida de valor, ela não perde a sua essência de sanção criminal (art. 5º, XLVI, "c", da CF/1988). A alteração normativa, ao explicitar a competência da Vara de Execução Criminal, sinaliza a intenção do legislador em se fixar a competência exclusiva do Ministério Público, não havendo espaço, ao que parece nessa nossa primeira interpretação, para a atuação subsidiária da Fazenda Pública (tema pendente de apreciação pelo STF), até porque a única exceção trazida pelo constituinte à titularidade e monopólio da ação penal pública foi a regra expressa no art. 5º, LIX, da CF/1988, e não a generalização a permitir o estabelecimento da tese da subsidiariedade.

De tudo o que foi dito, um ponto é certo: seja a partir do julgamento da ADI 3.150, seja mais ainda agora com o Pacote Anticrime, a S. 571-STJ deverá ser cancelada.

• zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

• promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.[32] Lembrar que a

[32] Para uma sistematização dos conceitos sobre a tutela dos interesses metaindividuais, cf. LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*. Sobre o assunto, a S. 643-STF, 2003: "o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares". Ainda: a) o STF entendeu ter o MP legitimidade para "propor ação civil pública em defesa de beneficiários do Seguro DPVAT. que supostamente teriam direito a diferenças de indenizações pagas em valor inferior ao previsto no art. 3º, da Lei 6.194/1974" (Tema 471 da Repercussão Geral). Isso porque, "a tutela dos direitos e interesses de beneficiários do seguro DPVAT nos casos de indenização paga, pela seguradora, em valor inferior ao determinado no art. 3º, da Lei nº 6.914/1974, reveste-se de relevante natureza social (interesse social

legitimação acima referida para a ação civil pública não impede a dos outros legitimados, conforme se observa pelo art. 5º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública);

• promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição;

• defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

• expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma, da Lei Complementar respectiva;

• exercer o controle externo da atividade policial, na forma, da Lei Complementar mencionada no art. 128, da CF/1988;

• requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

• exercer outras funções[33] que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Conforme já mencionamos, referido rol do art. 129, da CF/1988, em razão dessa cláusula de encerramento, é meramente exemplificativo.

---

qualificado), de modo a conferir legitimidade ativa ao Ministério Público para defendê-los em juízo mediante ação civil coletiva" (RE 631.111, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, Plenário, DJE de 2014). Em razão desse entendimento, em 2015, o STJ cancelou a S. 470; b) S. 329-STJ, de 2006: "o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público", "hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal, da Lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei 8.429/1992)" (RE 208.790, j. 2000); c) "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos quando presente o interesse social. No caso, Ministério Público estadual ajuizara ação civil pública em torno de certame para diversas categorias profissionais de determinada prefeitura, em que asseverara que a pontuação adotada privilegiaria candidatos os quais já integrariam o quadro da Administração Pública Municipal – v. Informativo 545. Salientou-se que a matéria cuidada na ação proposta teria a relevância exigida a justificar a legitimidade do Ministério Público estadual" (RE 216.443/MG, rel. orig. Min. Menezes Direito, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 2012); d) Nesse sentido, do reconhecimento de interesse social qualificado a legitimar o MP para a proteção de direitos individuais homogêneos em ações coletivas, destacamos, além das hipóteses elencadas acima, os seguintes julgados e temas: d.1) AI 637.853 AgR/SP: contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação; d.2) AI 606.235 AgR/DF: contratos de leasing; d.3) RE 475.010 AgR/RS: interesses previdenciários de trabalhadores rurais; d.4) RE 328.910 AgR/SP: aquisição de imóveis em loteamentos irregulares; d.5) RE 514.023 AgR/RJ: diferenças de correção monetária em contas vinculadas ao FGTS; d.6) "O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença" (RE 605.533, j. 2018, Plenário). O reconhecimento da legitimação ativa, segundo o Relator, se justificaria no sentido de que "o pedido abrange não só a situação de uma pessoa, mas também a dos demais portadores de doença considerada grave". Evidenciou-se "o interesse social que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público, a defesa de direitos impregnados de transindividualidade ou de direitos individuais homogêneos, notadamente aqueles de caráter indisponível, porque revestidos de inegável relevância social, como sucede, de modo bastante particularmente expressivo, com o direito à saúde, que traduz prerrogativa jurídica de índole eminentemente constitucional" (Inf. 911/STF); d.7) "o Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos sociais relacionados ao FGTS" (RE 643.978, Plenário, j. 2019, DJE de 2019).

[33] A Res. nº 118/2014-CNMP (DOU de 2015), de modo bastante avançado, dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. De acordo com o seu art. 1º, parágrafo único, da Res. nº 118/2014-CNMP, ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Para se ter um exemplo de ampliação legal, que poderá gerar algum debate, destacamos a Lei nº 13.532/2017, que alterou o Código Civil, prescrevendo, expressamente, a legitimação ativa do Ministério Público para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário em um dos casos de indignidade descritos na lei, qual seja, quando houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente (art. 1.814, I, do CC).

Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves, a indignidade pode ser caracterizada como "uma sanção civil que acarreta a perda do direito sucessório",[34] devendo ser declarada por sentença, em ação específica a ser ajuizada no prazo decadencial de 4 anos, contados da abertura da sucessão (art. 1.815, do CC).

Apesar de alguns autores sustentarem o caráter privado da ação de exclusão do indigno e o reflexo de sua propositura na intimidade do núcleo familiar, além dos explícitos aspectos de direitos patrimoniais, parece-nos possível sustentar que as hipóteses do art. 1.814, I, do CC (atentado contra a vida do de cujus) caracterizam situações suficientes para a atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica e, assim, do interesse público, perspectiva essa já vislumbrada antes da referida modificação do Código Civil pela Lei nº 13.532/2017, conforme se observa pela leitura do Enunciado nº 116, da I Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ, do Conselho da Justiça Federal – CJF, nos dias 12 e 13 de setembro de 2002.

Devemos ainda ressaltar que as funções institucionais do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do Chefe da Instituição.

Seguindo a regra adotada para a Magistratura, pela Reforma do Judiciário, o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação (cf. Res. nº 14/2006,[35] Res. nº 24/2007, Res. nº 40/2009, Res. nº 57/2010 e Res. nº 87/2012, do CNMP, bem como análise no item 11.4 deste estudo).

Outrossim, em nítida aproximação com a carreira da Magistratura, o art. 129, § 4º, da CF/1988, dispõe que, no que couber, aplica-se ao Ministério Público o disposto no art. 93, da CF/1988 (tema já estudado no item 11.4).

---

[34] GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil esquematizado.*

[35] Nos termos do art. 17, § 1º, da Res. nº 14/2006-CNMP, "a prova preambular não poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais. As opções consideradas corretas deverão ter embasamento na legislação, em súmulas ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores". Nesse sentido, também, a Res. nº 75/2009-CNJ. Muito bem-vinda a regra que fortalece o que temos dito a todos os "concurseiros" do Brasil: fiquem atentos à jurisprudência dos Tribunais. Leiam informativos e notícias dos Tribunais. Esta é a nossa "luta" constante em manter o "nosso" Esquematizado sempre atualizado.

Finalmente, na busca da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), o art. 129, § 5º, da CF/1988, estabelece que a distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

12.2.9 A teoria dos "poderes implícitos" e o poder de investigação criminal pelo MP. A investigação criminal não é exclusividade da polícia (devendo ser observados alguns parâmetros)

Conforme estudamos no item 3.8 deste trabalho, segundo a teoria dos poderes implícitos, quando o texto constitucional outorga competência explícita a determinado órgão estatal, implicitamente, pode-se interpretar, dentro de um contexto de razoabilidade e proporcionalidade, que a esse mesmo órgão tenham sido dados os meios necessários para a efetiva e completa realização dos fins atribuídos.

A grande questão que se coloca, então, é saber se o poder de investigação seria exclusivo da polícia.

Em julgado pioneiro, a 2ª Turma do STF, ao analisar a temática dos poderes investigatórios do MP, entendeu que a denúncia poderia ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo próprio Parquet, não havendo necessidade de prévio inquérito policial.

Nesse sentido, não se reconheceu violação ao art. 144, § 1º, I e IV, da CF/1988, que, segundo o STF, deve ser harmonizado com as funções atribuídas ao MP, nos termos do art. 129, I, VI, VIII, IX, da CF/1988. A atuação do MP, dessa forma, aperfeiçoaria a persecução penal (RE 535.478, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2008, DJE de 2008).[36]

O Min. Gilmar Mendes, por seu turno, em julgado posterior, também da 2ª Turma, reafirmou ser legítimo o poder de investigação pelo MP (art. 129, da CF/1988, art. 5º, CPP e art. 8º, LC nº 75/1993), devendo, contudo, haver vigilância e controle (o que se verifica mesmo em relação à atividade exercida pela Polícia).

No caso concreto, estabeleceu alguns condicionamentos: "a atuação do Parquet deve ser, necessariamente, subsidiária, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia, em hipóteses específicas, quando, por exemplo, se verificarem situações de lesão ao patrimônio público, de excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais (v.g. tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão, corrupção), de intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de

[36] No mesmo sentido, cf.: HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, 2ª T. DJE de 2009; HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2009, 2ª T. DJE de 2009; HC 93.930, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, 2ª T. DJE de 2011.

frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito" (RHC 97.926, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, 2ª T., DJE de 2014).

Quando prolatadas referidas decisões pela 2ª Turma do STF, ainda não havia decisão final e específica do pleno sobre essa importante questão dos poderes de investigação do MP de modo exclusivo, e não complementar a eventual prova produzida pela Polícia. Existem diversas ações diretas no STF aguardando o julgamento de mérito (cf., por exemplo, as ADIs 2.943, 3.309, 3.317, 3.318, 3.329, 3.337 e 3.806 – pendentes) e que, certamente, seguirão o entendimento firmado no RE 593.727, esse último decidido pelo Plenário, que afirmou a seguinte tese:[37]

"o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (art. 7º, I, II, III, XI, XIII, XIV[38] e XIX, da Lei nº 8.906/1994), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (SV 14), praticados pelos membros dessa Instituição" (RE 593.727, j. 2015, DJE de 2015).

A cláusula que outorga ao MP o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial legitimaria referido entendimento no sentido de se reconhecer o poder investigatório do MP, destacando-se:

• o MP não poderá presidir o inquérito policial, função precípua da autoridade policial;

• a função investigatória do MP deve ser tida como excepcional e não uma atividade ordinária;

• essa excepcionalidade legitima a atuação do Parquet em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal;

• deve haver a fiscalização (por parte do Poder Judiciário) da legalidade dos atos investigatórios, assim como o estabelecimento de exigências de caráter procedimental e a observância dos direitos e garantias assegurados a toda pessoa sob investigação – inclusive em matéria de preservação da integridade de prerrogativas profissionais dos advogados (cf. Inf. 785-STF).

---

[37] Recomendamos a leitura do HC 84.548, j. 2015, Plenário, DJE de 2015, envolvendo fatos relacionados ao homicídio do então prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel, e o tema da investigação pelo MP.

[38] Nesse sentido, extremamente importante a alteração trazida pela Lei nº 13.245/2016, que, modificando o art. 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, deixou claro que entre os direitos dos advogados está o de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, e não apenas na repartição policial, os autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Em nosso entender, a posição fixada mostra-se bastante razoável, na medida em que não se pode inferir que haja exclusividade na investigação criminal da polícia. Quando o art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, dispõe ser exclusividade da polícia federal exercer as funções de polícia judiciária da União, o texto objetivou afastar essa atividade de outros órgãos policiais.

A possibilidade de investigação pelo MP, conforme apontado, decorreria de sua atribuição de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma, da Lei (art. 129, I, da CF/1988), assim como das atribuições estabelecidas no art. 129, VI e VIII, da CF/1988, apresentando-se como atividade totalmente compatível com as suas finalidades institucionais. Resta aguardar se o pleno do STF vai seguir esse entendimento no julgamento das ADIs mencionadas (e nos parece que sim).

Todo esse entendimento não deve sofrer nenhuma alteração mesmo com o advento, da Lei nº 12.830/2013, que dispôs sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

Finalmente, para efeito de aprofundamento, cf. a Res. nº 181/2017-CNMP, que, considerando o disposto nos art. 127, caput, e art. 129, I, II, VIII e IX, da CF/1988, bem como no art. 8º da LC nº 75/1993 e no art. 26, da Lei nº 8.625/1993, dispôs sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Referida resolução, que expressamente revogou a anterior, que tratava sobre o mesmo assunto (Res. nº 13/2006), foi objeto de questionamento no STF (ADIs ns. 5.790 e 5.793). Diante dos argumentos apresentados, o CNMP, considerando as preocupações externadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nas referidas ações, tendo em vista a decisão plenária proferida pelo Conselho nos autos da Proposição nº 1.00927/2017-69, julgada na 23ª Sessão Ordinária, realizada em 2017, editou a Res. nº 183/2018, revogando diversos dispositivos da referida Res. nº 181/2017. Apesar dessa tentativa de adequação, as ações diretas de inconstitucionalidade seguem e serão apreciadas pelo STF (pendente).

12.2.10 Conselho Nacional do Ministério Público

12.2.10.1 Regras gerais e composição

O art. 130-A, introduzido pela EC nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.372/2006, prevê a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, composto de 14 membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de 2 anos, admitida uma recondução, sendo:

• o Procurador-Geral da República, que o preside, parecendo razoável, assim como entendemos em relação ao Ministro Presidente do STF no tocante ao CNJ, que o PGR deve ser considerado membro nato do CNMP, não havendo sentido a sua sabatina pelo Senado Federal (aplicação analógica do art. 103-B, § 2º, da CF/1988, e discussão no item 11.13.4);

• quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

• três membros do Ministério Público dos Estados;

• dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

• dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

• dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma, da lei.

Conforme indicado acima, a regulamentação do art. 130-A, da CF/1988, se deu pela Lei nº 11.372/2006.

12.2.10.2 Escolha dos membros do Ministério Público da União

Apenas recordando, dispõe o art. 128, I, "a" ao "d", da CF/1988, que o MPU se divide em Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Militar (MPM) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

Nos termos do art. 1º, caput, da Lei nº 11.372/2006, os membros do CNMP oriundos do Ministério Público da União (MPU) serão escolhidos pelo Procurador-Geral de cada um dos ramos, a partir de lista tríplice composta de membros com mais de 35 anos de idade, que já tenham completado mais de 10 anos na respectiva Carreira.

Essas listas tríplices serão elaboradas pelos respectivos Colégios de Procuradores do MPF, do MPT e do MPM, e pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça do MPDFT.

O nome escolhido pelo Procurador-Geral de cada um dos ramos será encaminhado ao Procurador-Geral da República, que o submeterá à aprovação do Senado Federal (sabatina), pela maioria absoluta e para um mandato de 2 anos, admitida uma recondução.

12.2.10.3 Escolha dos 3 membros do Ministério Público dos Estados

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 11.372/2006, os membros do CNMP oriundos dos Ministérios Públicos dos Estados serão indicados pelos respectivos Procuradores-Gerais de

Justiça, a partir de lista tríplice elaborada pelos integrantes da carreira de cada instituição, composta de membros com mais de 35 anos de idade, que já tenham completado mais de 10 anos na respectiva carreira.

Os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, em reunião conjunta especialmente convocada e realizada para esse fim, formarão lista com os 3 nomes indicados para as vagas destinadas a membros do Ministério Público dos Estados, a ser submetida à aprovação do Senado Federal, para, também, sabatina pela maioria absoluta de seus membros, para mandato de 2 anos, admitida uma recondução.

12.2.10.4 A sabatina no Senado Federal e a falta de critérios para a indicação dos demais membros do Conselho que não os oriundos da carreira do Ministério Público

Os nomes indicados, na conformidade do quadro a seguir, deverão, com exceção do PGR (em nossa interpretação, membro nato), passar por uma sabatina no Senado Federal e, se aprovados pela maioria absoluta de seus membros, serão nomeados pelo Presidente da República (art. 84, XIV e XXVII c/c o art. 130-A, caput, da CF/1988).

O procedimento da sabatina está regulamentado pela Res. nº 7/2005-SF, que define as normas para a apreciação das indicações.

De acordo com o seu art. 2º, Res. nº 7/2005-SF, todos os indicados serão sabatinados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em datas a serem fixadas pelo seu Presidente, observando-se os prazos regimentais, o qual opinará pela aprovação ou rejeição da indicação e, em seguida, submeterá a indicação à decisão do Plenário.

Como se disse, pela regra constitucional, o nome indicado deverá ter a aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal (Plenário).

Havendo rejeição de qualquer nome pelo pleno do Senado Federal será oficiado à autoridade máxima do órgão ou instituição competente para a indicação, a fim de que novo nome seja apresentado no prazo improrrogável de 15 dias.

Os critérios para a escolha dos membros que compõem o CNMP foram regulamentados apenas para os membros do Conselho oriundos do Ministério Público (cf. art. 130-A, § 1º, da CF/1988 e Lei nº 11.372/2006).

Inexiste, contudo, critério normativo para a indicação dos demais membros que não sejam os oriundos do Ministério Público, no caso pelo STF, STJ, CFOAB, CD e SF (vide quadro item 12.2.10.5).

Entendemos imprescindível haver uma definição normativa da indicação de todos os membros, especialmente em razão da importância que referido Conselho vem assumindo.

De toda forma, as indicações de nomes deverão ser acompanhadas de amplos esclarecimentos sobre o candidato e instruídas com os seguintes documentos (art. 5º da Res. nº 7/SF-2005):

• *curriculum vitae* do indicado no qual conste, detalhadamente, sua qualificação, formação acadêmica e experiência profissional;

• informação do indicado de que não é cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de membro ou servidor do Poder ou instituição responsável por sua indicação, salvo, no caso de servidor, se for ocupante de cargo de provimento efetivo e, observada esta condição, não servir junto à autoridade a que esteja vinculado pelo parentesco mencionado;

• declaração sobre eventual cumprimento de sanções criminais ou administrativo-disciplinares, bem como acerca da existência de procedimentos dessa natureza instaurados contra o indicado;

• declaração do indicado de que não é membro do Congresso Nacional, do Poder Legislativo dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de membro desses Poderes.

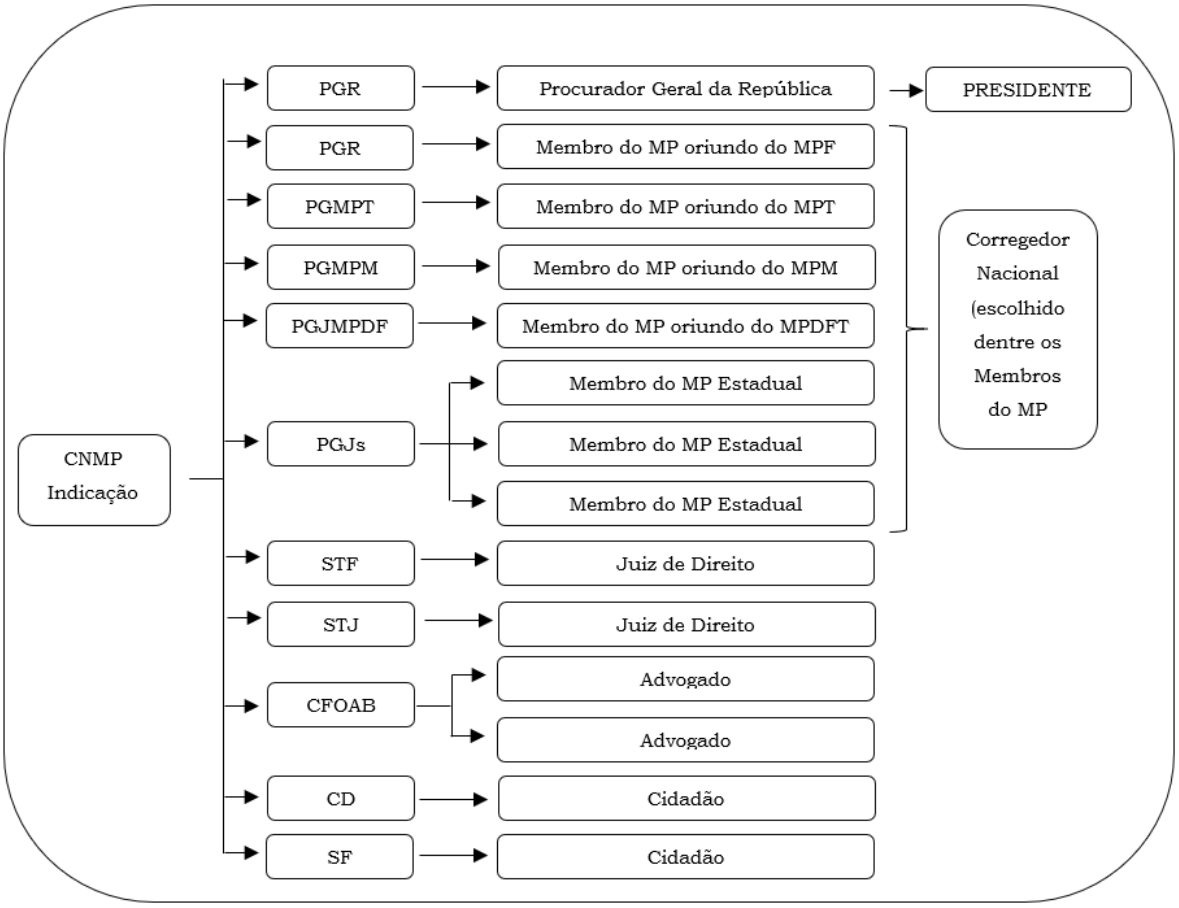
12.2.10.5 Esquematização gráfica sobre a indicação dos membros do CNMP

O quadro abaixo esquematiza a indicação dos membros que compõem o Conselho Nacional do Ministério Público, destacando-se as seguintes regras:

• art. 103-A, I, da CF/1988: será presidido pelo PGR;

• art. 103-A, § 3º, da CF/1988: escolherá um Corregedor Nacional dentre os membros do Ministério Público;

• art. 130-A, § 4º, da CF/1988: o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, muito embora não seja membro do CNMP, oficiará junto ao Conselho.



12.2.10.6 Corregedor Nacional

O Corregedor Nacional será eleito pelo Conselho dentre os membros do Ministério Público que o integram, observando-se as seguintes regras (art. 17, do RICNMP – Res. nº 92/2013):

• mandato: 2 anos, vedada a recondução;

• eleição: pelo voto secreto, na sessão imediatamente posterior à vacância do cargo, sendo eleito o candidato escolhido pela maioria absoluta. Não sendo alcançada a maioria absoluta, os dois candidatos mais votados concorrerão em segundo escrutínio, proclamando-se vencedor, em caso de empate, o mais antigo no Conselho;

• posse: imediatamente após a proclamação do resultado da eleição;

• mandato: expirará juntamente com seu mandato de Conselheiro;

• funções: serão exercidas pelo Corregedor Nacional em regime de dedicação exclusiva, ficando afastado do órgão do Ministério Público a que pertence.

Competem ao Corregedor Nacional, além das atribuições que lhe forem conferidas pela Lei ou pelo Regimento Interno do CNMP (cf. art. 18, do RICNMP), as seguintes (art. 130-A, § 3º, da CF/1988):

• receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

• exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

• requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições;

• requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

12.2.10.7 Atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

É da competência do Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe (art. 130-A, § 2º, I ao V, da CF/1988):

• zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

• zelar pela observância do art. 37, da CF/1988, e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento, da Lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

• receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (EC nº 103/2019);

• rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros[39] do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de 1 ano;

• elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI, da CF/1988.

Interessante destacar o Enunciado nº 8/2014-CNMP, afastando a atuação do Conselho em relação a questões de caráter meramente individual, tendência essa também verificada no CNJ e por orientação do STF.

Nesse sentido, ficou expresso não caber "ao Conselho Nacional do Ministério Público o exame de pretensões que ostentem natureza meramente individual, que não ultrapassem o

[39] Cabe alertar que a 1ª Turma do STF entendeu que "a competência revisora conferida ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) limita-se aos processos disciplinares instaurados contra os membros do Ministério Público da União ou dos Estados (art. 130-A, § 2º, IV, da CR), não sendo possível a revisão de processo disciplinar contra servidores. (...). A CR resguardou o CNMP da possibilidade de se tornar instância revisora dos processos administrativos disciplinares instaurados nos órgãos correcionais competentes contra servidores auxiliares do Ministério Público em situações que não digam respeito à atividade-fim da própria instituição" (MS 28.827, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2012, 1ª T. DJE de 2012).

interesse subjetivo das partes envolvidas, mostrando-se desprovidas de repercussão geral para a sociedade ou para o Ministério Público".

Pelo enunciado, "pressupõe-se a repercussão geral da demanda que esteja relacionada a função eminentemente institucional do Ministério Público ou que tenha natureza disciplinar dos seus membros".

O referido enunciado, buscando afastar qualquer surpresa, já que se tratava de alteração da orientação estabelecida até então, determinou que a sua aplicação somente se daria para os feitos protocolizados no Conselho após a sua publicação, que ocorreu no DOU de 2014.

12.2.10.8 Pode o CNMP fixar novo teto remuneratório dos membros e servidores do Ministério Público diferente do estabelecido na CF/1988?

Não.

A Res. nº 15/2006-CNMP alterou o teto remuneratório dos membros do MP de 90,25% para 100% do subsídio de Ministros do STF.

O PGR ajuizou a ADI 3.831 atacando a referida Res. nº 15/2006-CNMP, que, conforme visto, alterando os art. 1º e art. 2º da Res. nº 9/2006 e o art. 2º da Res. nº 10/2006, ambas do CNMP, equiparava o teto remuneratório dos membros e servidores do Ministério Público da União e dos Estados aos dos Ministros do STF.

Em julgamento cautelar, o STF entendeu que a Res. nº 15/2006 citada, "... a princípio, ofende os art. 37, X, XI, § 12, e art. 130-A, § 2º, da CF/1988, porquanto não observa o princípio da legalidade específica para a definição dos valores a serem pagos a título de remuneração ou subsídio dos agentes públicos, bem como extrapola os limites tanto de subsídio e remuneração previstos para os membros e servidores do Ministério Público dos Estados – 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF – quanto de competência do CNMP" (ADI 3.831-MC/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2006 – Inf. 452/STF).

A Suprema Corte, em 2007, tendo em vista a revogação da Res. nº 15/2006, pela Res. nº 17/2007, declarou prejudicada a ADI.

12.2.10.9 O CNMP tem competência para realizar controle de constitucionalidade no exercício de suas atribuições?

Não.

Em interessante decisão, a 1ª Turma do STF estabeleceu entendimento que veio a ser confirmado pelo pleno em momento seguinte. Vejamos:

"O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (art. 130-A, § 2º, da CF/1988). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Plenário; AC 2.390 MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Plenário; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Plenário)" (MS 27.744, j. 2015, DJE de 2015).

O pleno do STF, no julgamento de questão específica envolvendo ato do CNJ, estabeleceu que os ditos "órgãos administrativos autônomos" (CNJ, CNMP e TCU), com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, poderão afastar a aplicação de Lei ou ato normativo violador da Constituição (Pet 4.656, j. 2016, DJE de 2017).

Isso, contudo, não se confunde com o controle de constitucionalidade, nem mesmo com o afastamento da norma em abstrato. (para aprofundamento do tema, cf. item 6.4.2.4.3).

12.2.10.10 Outras regras

O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil terá assento e voz no Plenário, podendo se fazer representar em suas sessões por membro da Diretoria do Conselho Federal da entidade (art. 4º, parágrafo único, do RICNMP).

Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Destacamos, ainda, a competência do Senado Federal para processar e julgar os membros do Conselho nos crimes de responsabilidade e a competência do STF para julgar as ações contra o Conselho (art. 52, II, e art. 102, I, "r", da CF/1988).

Finalmente, em relação às infrações penais comuns, assim como já visto em relação ao CNJ, a competência será fixada individualmente, de acordo com o cargo de origem de cada membro do Conselho, lembrando que a PEC Paralela da Reforma do Judiciário (PEC nº 358/2005), que precisa ainda ser aprovada, estabelece a competência do STF, mas isso, como se disse, depende de aprovação pelo Congresso Nacional.

12.2.11 Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (art. 130, da CF/1988)

O art. 130, da CF/1988, estatui que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura estabelecidas para o Ministério Público, como instituição, aqui já estudadas por nós.

Referida instituição será organizada por Lei orgânica própria e de iniciativa do Tribunal de Contas, sendo materializada por meio de Lei Ordinária.

Diferentemente, apenas para fazer o contraponto, o art. 128, § 5º, da CF/1988, estatui que leis complementares (e não leis ordinárias) da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais (e já vimos que também e facultativamente ao Presidente da República – art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988 – cf. item 9.13.3.7.1), estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

Portanto, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas está estruturalmente ligado ao Tribunal de Contas da União ou do Estado (ou do Município, onde houver), e não ao Ministério Público da União, ou dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, devendo ser entendido como uma instituição autônoma.[40]

De acordo com o que já estudamos, "o Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas – que configura uma indiscutível realidade constitucional – qualifica-se como órgão estatal dotado de identidade e de fisionomia próprias que o tornam inconfundível e inassimilável à instituição do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros. Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130, da CF/1988). O preceito consubstanciado no art. 130, da CF/1988, reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um status jurídico especial e ensejando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas" (ADI 2.884, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2005 – cf., também, ADI 3.192, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006, DJ de 2006).

---

[40] Nesse sentido manifestou-se o STF ao analisar dispositivos, da Lei nº 8.443/1992: "... O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130, da CF/1988), encontra-se consolidado na intimidade estrutural dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, da CF/1988) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro pessoal e à criação dos cargos respectivos" (STF, Plenário, ADI 798-1-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1994).

Conforme já destacamos no item 9.15.5, no julgamento da Consulta nº 0.00.000.000843/2013-39, formulada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) entendeu que o Ministério Público de Contas (MPC) e seus membros estão sujeitos ao seu controle administrativo, financeiro e disciplinar:

"Consulta respondida positivamente para reconhecer ao Ministério Público de Contas a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro e, em consequência, a competência do CNMP para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos respectivos membros e pela garantia da autonomia administrativa e financeira das unidades, controlando os atos já praticados de forma independente em seu âmbito, e adotando medidas tendentes a consolidar a parcela de autonomia de que ainda carecem tais órgãos" (j. 2013 – tema pendente de análise pelo STF).

Apesar da resposta dada pelo CNMP, muito embora tenha sido afirmado que o MPC apresenta natureza jurídica de órgão do MP brasileiro, não poderá haver o aproveitamento de membros de uma carreira na outra, como já vinha decidindo o STF.

Cabe lembrar que essa decisão proferida pelo CNMP serviu, entre outros fundamentos, para o encaminhamento da PEC nº 42/2013-SF (pendente), que propõe a alteração do art. 130-A, da CF/1988, para deixar claro que o MPC e os seus membros se sujeitam ao controle do CNMP.

CUIDADO: o então Senador da República Pedro Taques, relator da PEC, encaminhou ofício ao CNMP solicitando a manifestação sobre a referida proposta de alteração da Constituição.

Diante desse requerimento, o Conselho editou a NT nº 5/2015-CNMP (DOU de 2015 – processo nº NT 0.00.000.000008/2014-80), revendo a decisão proferida em 2013 que estabelecia estar o Ministério Público de Contas sujeito à competência do CNMP, seguindo, inclusive, a NT nº 004/2013- PGR/SRI, emitida pelo PGR, todas no sentido de expressar a contrariedade à alteração da Constituição nos termos da referida proposta que não altera a redação do art. 128, da CF/1988.

O CNMP, contudo, deixa clara, na nota técnica, a possibilidade de "manifestação favorável caso o Ministério Público de Contas seja plena e expressamente integrado ao regime constitucional previsto para o Ministério Público, com a sua inclusão nos segmentos previstos no art. 128, da CF/1988, inclusive com o acréscimo de parágrafos para explicitar a sua organização, o seu funcionamento e a sua forma de escolha e destituição das suas chefias, além da previsão de Lei Complementar instituindo-lhe um estatuto, em que seja assegurada a sua autonomia funcional, administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar, sem qualquer submissão ao Tribunal de Contas junto ao qual atue".

Esse tema ainda depende de uma apreciação mais aprofundada pelo pleno do STF. Há relevante decisão monocrática do Min. Fux, reconsiderando decisão que não admitia a legitimação ativa em ADI ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON por entendê-la como representante apenas de fração ou parcela da categoria profissional dos membros do Ministério Público (destacando-se ADI 591, ADIs 832-MC, 846-MC e ADI 1.297, Rel. Min. Moreira Alves), para passar a admitir a referida associação como entidade de classe de âmbito nacional.

A reconsideração destacou o precedente estabelecido no julgamento da medida cautelar na ADI 5.442 ("os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas integram carreira autônoma" – Plenário, mérito pendente) e o parecer da PGR na ADI 5.117 ("o Supremo Tribunal Federal decidiu que membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas integram carreira autônoma, que não se confunde com a dos demais integrantes das Cortes de Contas, tampouco com a dos membros do Ministério Público comum. Precedente: ADI 328/SC". Portanto, "a Associação Nacional do Ministério Público de Contas possui legitimidade ativa para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade com intuito de defender interesses institucionais da carreira de procurador de contas. Precedente: ADI 5.442-MC/SC) (ADI 5.117, j. 2017, com reconsideração em agravo interno em 2019).

Em conclusão, os precedentes indicados reforçam nova orientação do CNMP no sentido de não sujeitar os Procuradores de Contas (membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas) ao seu controle.

12.3 Advocacia Pública

12.3.1 A distorção corrigida pela EC nº 19/1998

O texto de 1988 abre uma seção própria, dentro do capítulo das funções essenciais à Justiça, para tratar da advocacia pública e explicita regras para a Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

O constituinte originário denominou equivocadamente no Título IV, Capítulo IV, Seção II, em sua redação original, ao se referir apenas a Advocacia-Geral da União.

Isso porque, além de a Seção conter informações sobre os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, o entendimento de advocacia pública deve englobar, naturalmente, os advogados das autarquias e fundações.

Tanto é assim que o art. 29, caput, do ADCT estabeleceu que, enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o

Ministério Público Federal,[41] a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuariam a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

Essa distorção veio a ser corrigida pela EC nº 19/1998, que alterou o nome da referida Seção para Advocacia Pública, de maneira acertada, agora.

Não houve previsão explícita de Procuradorias Municipais, podendo, naturalmente e desde que observadas as regras constitucionais, a matéria ser tratada nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e legislação própria.[42]

12.3.2 Atribuições e prerrogativas dos ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas da advocacia pública (regras gerais)

Diante da timidez do constituinte de 1988 em relação à Seção da Advocacia (timidez perto do detalhamento da Seção que tratou do Ministério Público), muitas regras foram destinadas ao legislador infraconstitucional, motivo por que os concurseiros deverão estudar, de modo aprofundado, as leis orgânicas de cada carreira, sobretudo, no âmbito da Administração Federal (direta, autárquica e fundacional) (área jurídica) as de:

- Advogado da União;
- Procurador da Fazenda Nacional;
- Procurador Federal;
- Procurador do Banco Central do Brasil.

Os art. 27 ao art 39, da Lei nº 13.327/2016 (Capítulo XV), de leitura obrigatória para os que prestam os concursos públicos para as carreiras jurídicas da advocacia pública, estabeleceu importantes conquistas sobre subsídio, recebimento de honorários advocatícios de sucumbência, atribuições e prerrogativas, fortalecendo-as institucionalmente.

Referida lei, que determinou a aplicação de suas regras não apenas para os ocupantes dos cargos acima, como também para aqueles dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da MP nº 2.229-43/2001, estabeleceu importantes atribuições (art. 37,

---

[41] Como visto, não se pode esquecer que essa previsão de advocacia por parte dos membros do MPF foi temporária, até a edição, da Lei complementar, já que, antes do surgimento da Advocacia-Geral da União, essa atribuição, no regime anterior, ficava ao encargo do Ministério Público (cf. item 12.2.7.3). Nesse sentido, o art. 29, § 2º, do ADCT estabeleceu que aos atuais Procuradores da República, nos termos, da Lei complementar, será facultada a opção, de forma irretratável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União, situação essa regulamentada no art. 61 da LC nº 73/1993 e no art. 282 da LC nº 75/1993.

[42] Conforme anotou André Ramos Tavares, a procuradoria municipal "... não foi contemplada pela Constituição como instituição obrigatória (até rendendo-se à realidade de municípios que não teriam como arcar com um quadro de advogados públicos permanentes)" (TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*).

da MP nº 2.229-43/2001) e prerrogativas (art. 38, MP nº 2.229-43/2001), que deverão ser lidas, respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos.

No tocante às prerrogativas dos ocupantes dos citados cargos, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas, o art. 38, MP nº 2.229-43/2001 estabeleceu as seguintes:

• receber intimação pessoalmente, mediante carga ou remessa dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição, nos feitos em que tiver que oficiar, admitido o encaminhamento eletrônico na forma de lei;

• requisitar às autoridades de segurança auxílio para sua própria proteção e para a proteção de testemunhas, de patrimônio e de instalações federais, no exercício de suas funções, sempre que caracterizada ameaça, na forma estabelecida em Portaria do Advogado-Geral da União;

• não ser preso ou responsabilizado pelo descumprimento de determinação judicial no exercício de suas funções;

• somente ser preso ou detido por ordem escrita do juízo criminal competente, ou em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade policial lavrará o auto respectivo e fará imediata comunicação ao juízo competente e ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade;

• ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado Maior, com direito a privacidade, e ser recolhido em dependência separada em estabelecimento de cumprimento de pena após sentença condenatória transitada em julgado;

• ser ouvido, como testemunha, em dia, hora e local previamente ajustados com o magistrado ou a autoridade competente;

• ter o mesmo tratamento protocolar reservado aos magistrados e aos demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça;

• ter ingresso e trânsito livres, em razão de serviço, em qualquer recinto ou órgão público, sendo-lhe exigida somente a apresentação da carteira de identidade funcional;

• usar as insígnias privativas do cargo.

12.3.3 O advogado público pode exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo?

Em âmbito constitucional, nada consta. Assim, cabe às leis de organização de cada carreira disciplinar a matéria.

A título de informação, as duas únicas previsões constitucionais proibindo a advocacia fora das atribuições institucionais foram estabelecidas para a defensoria pública (que, apesar de ser pública, não pode ser colocada no conceito de advocacia pública, pois não atua em nome de ente estatal, mas do hipossuficiente – cf. art. 134, § 1º, da CF/1988) e para o

Ministério Público, com as ressalvas já apresentadas (art. 128, § 5º, II, "b", da CF/1988 e art. 29, caput e § 2º, do ADCT, bem como o item 12.2.7.3), que também está longe de ser alocado como advocacia pública, especialmente em razão do alargamento de suas funções no novo ordenamento, da sua evolução e de sua consagração como instituição permanente e verdadeiro advogado da sociedade.

Portanto, teoricamente, e desde que não haja proibição legal (visto que não houve previsão constitucional), os advogados públicos poderão advogar fora das atribuições institucionais desde que não violem os interesses da pessoa de direito público em relação à qual pertençam. Assim, resta investigar o que disciplinou a Lei para cada carreira. Vejamos:

ADVOGADOS PÚBLICOS	PODEM EXERCER A ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS?
ADVOGADOS DA UNIÃO	NÃO – art. 28, I, da LC nº 73/1993
PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL	NÃO – os Procuradores da Fazenda Nacional são considerados membros da Advocacia-Geral da União art. 2º, § 5º, e art. 28, I, da LC nº 73/1993
PROCURADORES FEDERAIS	NÃO – os Procuradores Federais são advogados públicos vinculados à Advocacia-Geral da União art. 2º, § 3º, art. 17 e art. 28, I, da LC nº 73/1993, art. 38, § 1º, I, da MP nº 2.229-43/2001 (em vigor por força do art. 2º, da EC nº 32/2001)
PROCURADORES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL	NÃO – os Procuradores do Banco Central são advogados públicos vinculados à Advocacia-Geral da União art. 2º, § 3º, art. 17 e art. 28, I, da LC nº 73/1993, art. 17-A, I, da Lei nº 9.650/1998 (incluído pela MP nº 2.229-43/2001, em vigor por força do art. 2º, da EC nº 32/2001)
PROCURADORES DOS ESTADOS	DEPENDE – conforme visto, como não há previsão constitucional, a definição ficou ao encargo das Constituições Estaduais e leis orgânicas. Não havendo proibição, poderão advogar
PROCURADORES DO DF	SIM – não há vedação, seja na Lei Orgânica do DF, seja na LC nº 395/2001 (lei distrital que organiza a Procuradoria-Geral do Distrito Federal) CUIDADO: o art. 28, III, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) estabelece que a advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, em relação aos ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público
PROCURADORES DE MUNICÍPIOS	DEPENDE – conforme visto, como não há previsão constitucional, a definição ficou ao encargo das Constituições Estaduais e leis orgânicas. Não havendo proibição, poderão advogar

12.3.4 Assessoramento, amplitude vinculativa dos pareceres jurídicos e a responsabilização dos advogados públicos

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica os pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes:[43]

• parecer facultativo: "consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Por outro lado, fica a seu critério adotar, ou não, o pensamento do órgão consultivo. Consiste, destarte, em exercício de poder discricionário quanto ao pedido, e à efetivação do ato relativamente ao parecer. Este, portanto,

[43] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de: *Princípios gerais de direito administrativo.*

externamente, não tem relevância jurídica, salvo se o ato a ele se reportar". Ou seja, o parecer só integrará a decisão se for indicado como seu fundamento, passando, então, a corresponder à própria motivação;

• parecer obrigatório: "consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo. [...]. O ato praticado sem dito pronunciamento estará eivado de vício de nulidade, por desrespeito a solenidade essencial. A obrigação, entretanto, é só de pedir o parecer, jamais de segui-lo, de emanar o ato ativo ou de controle segundo sua manifestação. O desrespeito ao parecer não invalida o ato; poderá, quando muito, se injustificável a orientação em contrário, sujeitar o órgão ativo ou de controle às consequências de responsabilidade administrativa, após regular apuração";

• parecer conforme ou vinculante: "é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção, e só se admite quando expressamente a Lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo". Como exemplo, podemos citar a decisão da administração sobre o pedido de aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho (antes, da EC nº 103/2019 – Reforma da Previdência – era denominada aposentadoria por invalidez), no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, que tem de seguir exatamente a conclusão do médico oficial. (A nova redação dada ao art. 40, § 1º, I, da CF/1988, pela EC nº 103/2019, na hipótese de incapacidade permanente parta o trabalho, estabelece ser obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de Lei do respectivo ente federativo, o que fortalece ainda mais a importância do parecer conforme ou vinculante).

A advocacia pública, vale repetir, de modo geral, tem tanto o papel de representação judicial como de consultoria e assessoramento dos entes e entidades da administração direta e indireta.

Em relação ao assessoramento, importante distinção foi feita pelo Min. Joaquim Barbosa no tocante à vinculação ou não dos pareceres jurídicos e da responsabilização do advogado público. Vejamos:[44]

• consulta facultativa: "... a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo";

[44] Cf. MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, Plenário, DJ de 2008.

• consulta obrigatória: "... a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer";

• obrigação de decidir à luz de parecer vinculante em razão de previsão legal: "... essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir";

• responsabilização: "[...] II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa...".

Assim, em referido precedente (que data de 2007), o Min. Relator entendeu que, sendo o parecer opinativo, não haverá vinculação do advogado público.

Porém, lendo o acórdão, afirma Joaquim Barbosa que se o parecer for vinculante há "partilha do poder decisório" [...] "e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso".

Com o máximo respeito, na linha da manifestação de Carlos Britto no mesmo acórdão, não concordamos que o parecerista, pelo simples fato de atuar no processo administrativo, se transforme em administrador.

Ainda, em razão das garantias de independência que devem ser asseguradas aos advogados públicos para que não sofram pressões políticas, a nosso ver essa responsabilização não pode ser automática.

Em nosso entender, e a matéria precisa ser mais bem definida pelo STF, a responsabilização dependeria de demonstração de erro grosseiro, falta grave, má-fé, sob pena de se esvaziar a amplitude que devem ter os pareceres jurídicos das consultorias.

Para Di Pietro, a responsabilização "... não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consultor. Não é por outra razão que o

parecer isoladamente não produz qualquer efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo".[45]

Nesse sentido, existe importante precedente do STF, anterior ao julgamento do referido MS 24.631, pelo qual a Corte não admite a automática responsabilização solidária do advogado público ao emitir parecer jurídico, o que parece ser, naturalmente, o melhor entendimento (matéria pendente de aprofundamento pelo STF):

"EMENTA: [...]. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação, da Lei das Licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa [...]. II – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: art. 159, do CC, art. 32, da Lei 8.906/1994. III – Mandado de Segurança deferido" (MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2002, Plenário, DJ de 2003).

Nesse sentido, o art. 28 da LINDB (DL nº 4.657/1942, introduzido pela Lei nº 13.655/2018), estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

De acordo com o regulamento desse dispositivo, "considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia" (art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019).

A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes (art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019).

12.3.5 *Contempt of Court*: a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC/1973 e os advogados públicos – ADI 2.652. CPC – avanço na linha da decisão do STF

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo*.

O art. 14, parágrafo único, do CPC/1973, introduzido pela Lei nº 10.358/2001, buscou estabelecer mecanismos para evitar o *contempt of court* (bem diferente do sistema norte-americano, que inspirou a regra).

No fundo, procura-se encontrar uma forma de fazer cumprir, com exatidão, os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Para tanto, optou-se pela possibilidade de o juiz fixar multa, de até 20% do valor da causa, em caso de violação do art. 14, V, do CPC/1973, que, contudo, não será aplicada aos advogados.

A dúvida consistia em saber se a não aplicação da multa se restringia aos advogados que se sujeitam exclusivamente ao Estatuto da OAB, ou também aos advogados públicos, até porque a literalidade da redação dava a entender que a regra era exclusiva dos advogados não públicos. Confira:

"Art. 14, V: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no art. 14, V, do CPC/1973 constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado".

A falta de uma vírgula depois da palavra "ressalvados" dava a entender que seriam apenas os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, lembrando que os advogados públicos se sujeitam às suas leis orgânicas e, também, mas não somente, aos estatutos da OAB.

Todavia, o STF deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, e fixou que a ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC/1973 "... alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos" (Inf. 307/STF). Nesse sentido:

"EMENTA: Impugnação ao art. 14, parágrafo único, do CPC/1973, na parte em que ressalva "os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB" da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrímen. Ação direta de inconstitucionalidade

julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao art. 14, parágrafo único, do CPC/1973, conforme a CF/1988 e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse art. alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos".[46]

Esse correto entendimento estabelecido pelo STF está preservado e explicitado no CPC (Lei nº 13.105/2015). De acordo com o art. 77, § 6º, do CPC, aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos art. 77, § 2º ao § 5º, CPC, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

12.3.6 Pareceres e Súmula da Advocacia-Geral da União

As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (art. 30 da LINDB – DL nº 4.657/1942, introduzido pela Lei nº 13.655/2018).

O art. 39 da LC nº 73/1993, por sua vez, considera privativo do Presidente da República o direito de submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer.

Os pareceres do Advogado-Geral da União são por ele submetidos à aprovação do Presidente da República (art. 39 ao art. 44 da LC nº 73/1993):

• parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial: "vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento";

• parecer aprovado, mas não publicado: "obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência";

• pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União: "consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República";

• pareceres das Consultorias Jurídicas: "aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas";

• súmula da Advocacia-Geral da União: "súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos art. 2º e art. 17, da LC nº 73/1993". De acordo com o art. 43, § 2º, da LC nº 73/1993, no início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.

---

[46] ADI 2.652, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2003, Plenário, DJ de 2003. O tema foi revisto e confirmado pelo STF no julgamento das Rcl 5.133 e 7.181 (j. 2009, Plenário).

Essas regras previstas na LC nº 73/1993 foram repetidas nos art. 20 ao art. 23, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o art. 30, da LINDB.

12.3.7 Advocacia-Geral da União

12.3.7.1 Regras gerais

Antes das novas regras trazidas pela CF/1988 (vide item 12.2.1.8), a representação judicial da União (administração direta) competia ao Ministério Público Federal, podendo, por força, da EC nº 1/1969, a União ser representada pelo Ministério Público estadual nas comarcas do interior.

Por sua vez, o Decreto nº 93.237/1986 regulava as atividades de advocacia consultiva da União, no Poder Executivo, tendo sido a Consultoria-Geral da República erigida à instância máxima das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração Federal.

Nesses termos, o art. 3º do Decreto nº 93.237/1986 estabelecia que a Advocacia Consultiva da União compreendia: a) a Consultoria-Geral da República; b) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda; c) as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado-Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República; d) as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias; e) os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia-Geral da União (AGU), cujo ingresso nas classes iniciais das carreiras far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, passou a ser a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos, da Lei Complementar[47] que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131, caput, da CF/1988).[48]

Devemos observar, conforme já tanto mencionado, que, por força do art. 29, caput, do ADCT, o MPF continuou representando a União até a aprovação da LC nº 73/1993 (que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), devendo os Procuradores da República

[47] Trata-se, da LC nº 73/1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.

[48] Entendemos que essa representação da União se implementa não apenas no plano interno mas, também, no internacional, por exemplo, nos processos em que o Brasil é parte perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

optar, de forma irretratável, entre as carreiras do MPF e da AGU (cf. art. 29, § 2º, do ADCT; art. 61 da LC nº 73/1993 e art. 282 da LC nº 75/1993).

Deve-se deixar bem claro que a representação judicial e extrajudicial é da União, englobando, assim, os seus diversos órgãos, em quaisquer dos Poderes. Por exemplo, o CNJ, órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A, da CF/1988), será representado pela AGU nas ações originárias que tramitam no STF.[49]

Por outro lado, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico foram previstas apenas para o Poder Executivo. Vejamos o quadro para facilitar a memorização:

- representação judicial e extrajudicial
- diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (UNIÃO)
- consultoria e assessoramento jurídico
- apenas do Poder Executivo

12.3.7.2 Órgãos da Advocacia-Geral da União

Os Órgãos da Advocacia-Geral da União estão previstos no art. 2º da LC nº 73/1993, e as suas características deverão ser aprofundadas pelos ilustres leitores que se preparam para os respectivos cargos (analisando, portanto, detidamente, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União).

Para efeito deste estudo, limitamo-nos a destacar os referidos órgãos:

ÓRGÃOS DE DIREÇÃO SUPERIOR	Advogado-Geral da União Procuradoria-Geral da União Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional Consultoria-Geral da União Conselho Superior da Advocacia-Geral da União Corregedoria-Geral da Advocacia da União
ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO	Procuradorias Regionais da União Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional Procuradorias da União nos Estados e no DF e as Procuradorias Seccionais destas Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados e no DF e as Procuradorias Seccionais destas Consultoria da União Consultorias Jurídicas nos Ministérios
ÓRGÃO DE ASSISTÊNCIA DIRETA E IMEDIATA AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO	Gabinete do Advogado-Geral da União
ÓRGÃOS VINCULADOS	Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas

12.3.7.3 Advogado-Geral da União

[49] Nesse sentido, cf. os agravos regimentais nos MS 25.962, 28.499, 28.805 e 30.736, j. 2013.

O Chefe da Advocacia-Geral da União é o Advogado-Geral da União (AGU), em relação ao qual temos as seguintes regras:

• nomeação: o AGU é de livre nomeação pelo Presidente da República (art. 84, XVI, da CF/1988);

• exoneração: por ser o cargo de livre nomeação pelo Presidente da República, trata-se de cargo de confiança e, portanto, também de livre exoneração. Assim, pode-se afirmar que o AGU é demissível *ad nutum*;

• requisitos: o AGU será escolhido dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada;

• poderá ser estranho à carreira: por ser de livre nomeação, o AGU poderá ser estranho à carreira da advocacia pública, o que, em nosso entender, não parece ser a melhor solução;

• status de Ministro de Estado: de acordo com o art. 20, VI, da Lei nº 13.844/2019, o AGU é considerado Ministro de Estado até que seja aprovada emenda constitucional para incluí-lo no rol do art. 102, caput, I, "c" e "d", da CF/1988;[50]

• infrações penais comuns: o AGU, por ser considerado Ministro de Estado (art. 20, VI, da Lei nº 13.844/2019), será julgado pelo STF nas infrações penais comuns;

• crime de responsabilidade: o AGU será processado e julgado nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, II, da CF/1988);

• delegação de atribuições do Chefe do Executivo: de acordo com o art. 84, parágrafo único, da CF/1988, o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos art. 84, VI, XII e XXV, da CF/1988, além dos Ministros de Estado e do Procurador-Geral da República, para o Advogado-Geral da União, devendo ser observados os limites traçados nas respectivas delegações;

• direito de "manifestação" no controle concentrado de constitucionalidade: em razão da importância do assunto, desenvolvemos a discussão no item 12.3.7.4 abaixo, chegando à conclusão de que o AGU não tem necessariamente de defender a Lei quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo. O dever que o texto lhe impõe é de manifestação, mitigando-se, assim, a sua função de "*defensor legis*", que passa a ser repensada à luz de um conceito mais amplo, de "*custos constitutionis*";

• supervisão do Presidente da República: o art. 3º, § 1º, da LC nº 73/1993 estabelece que o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.

---

[50] Nesse sentido, também se posicionou o STF no julgamento do Inq. 1.660-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2000, Plenário, DJ de 2003.

12.3.7.4 O caso particular do "direito de manifestação" do AGU no controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, § 3º, da CF/1988)

De acordo com o art. 103, § 3º, da CF/1988, quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A grande questão que se coloca é se, de fato, o AGU tem o dever de "defender" o texto impugnado, ou se há alguma flexibilidade na literalidade da norma.

Como já indicamos no capítulo sobre "controle" (item 6.7.1.15), a jurisprudência do STF sofreu importante evolução:

• ADI 72 – j. 1990: enfrentado o tema, o STF posicionou-se, em um primeiro momento, como sendo obrigatória a defesa, da Lei por parte do AGU:[51]

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União: Indeclinabilidade da defesa, da Lei ou ato normativo impugnado (cf. art. 103, da CF/1988). Erigido curador da presunção da constitucionalidade, da lei, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça as vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis".

• ADI 1.616 – j. 2001: a jurisprudência do STF começa a evoluir, permitindo que o AGU deixe de defender o texto impugnado se já houver manifestação (precedente) do STF:[52]

"EMENTA: [...] 4. O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (artigo 103, § 3º, da CF/1988) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade [...]".

• ADI 3.916-QO – j. 2009: a matéria veio a ser rediscutida e em maior profundidade. O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem no sentido de suspender o julgamento para determinar ao Advogado-Geral da União que necessariamente apresentasse defesa, da Lei impugnada, nos termos do art. 103, § 3º, da CF/1988, vencidos os Ministros Marco Aurélio (suscitante) e Joaquim Barbosa. Com base na interpretação sistemática, o STF

---

[51] No mesmo sentido, cf. ADI 242, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 1994, Plenário; ADI 3.522, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1994, Plenário; ADI 1.254-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14.08.1996, Plenário; ADI 1.434-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1996, Plenário (sustentando, inclusive, que essa atuação processual plenamente vinculada, no sentido de assumir, "na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada", seria, inclusive, um mecanismo de se assegurar o postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade).

[52] No mesmo sentido: ADI 2.101, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2001, Plenário; ADI 3.121, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2011, Plenário; ADI 4.270, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2012, Plenário.

entendeu que o AGU tem o direito de manifestação, não necessariamente a favor, da lei, mas na defesa da Constituição e, assim, dos interesses da União (art. 131, da CF/1988).

Ademais, uma questão prática pesou para esse entendimento, qual seja, a inexistência de sanção prevista na Constituição em caso de não ser defendida a lei, inclusive de caráter processual, já que, mesmo que o AGU não se manifeste a favor, da lei, essa sua atitude não acarretaria a nulidade processual ou o impedimento de julgamento da matéria.

Coletando passagens do julgamento, de fato, o AGU tem a atribuição de exercer o papel de contraditor do processo objetivo, mas, como visto, não se lhe pode causar um constrangimento se a sua convicção jurídica for outra.

Para o Min. Ayres Britto, "... a Advocacia-Geral da União defenderá o ato ou o texto impugnado quando possível, quando viável".

A tese a favor da liberdade de atuação fica muito mais evidente quando se tratar de vício formal de inconstitucionalidade, pois, nesse caso, não poderia o AGU funcionar como advogado de Lei inconstitucional, já que, em essência, deve-se pautar pela defesa da Constituição.

Segundo a Min. Cármen Lúcia, a expressão "defenderá" prevista no art. 103, § 3º, da CF/1988, deve ser interpretada como a manifestação na qual se apresentará a argumentação que lhe parecer mais adequada.

Nesse sentido, o art. 8º, da Lei nº 9.868/1999 dispõe que, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 15 dias, não se referindo, a lei, ao conteúdo dessa manifestação. Trata-se, frisamos, do direito de manifestação.

Ainda, para o Min. Ayres Britto, "... não se pode constranger o Advogado-Geral da União a ponto de, para defender o ato atacado, agredir a própria Constituição; ou seja, ele sairá em defesa, da Lei menor e em combate, da Lei maior, porque há situações em que a inconstitucionalidade é patente, é evidente".

Assim, dada a gravidade que é a retirada de uma Lei do ordenamento por ato jurisdicional contra ato legislativo, cujos "atores" foram diretamente escolhidos pelo povo, de fato, o contraditor é o Advogado-Geral da União.

Conforme visto, porém, se já houver pronunciamento do STF, ou se a defesa, da Lei acabar violando a Constituição, parece razoável a interpretação do STF de que tem o AGU o direito de manifestação, não precisando passar pelo constrangimento de defender o ato normativo contrário à Constituição.

ADI 3.413 – j. 2011: nesse outro julgamento, posterior, portanto, à questão de ordem na ADI 3.916 (que avançou ao consagrar o denominado "direito de manifestação" do AGU), a ementa do acórdão foi explícita ao estabelecer o dever de defender o texto impugnado,

mesmo tendo sido a justificativa do AGU com base em precedentes da Corte, na linha da ADI 1.616. Conforme se observa, o Relator foi o Min. Marco Aurélio, vencido na citada ADI 3.916, em que se firmou o posicionamento mais aberto:[53]

"Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do art. 103, da CF/1988, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade".

Diante do exposto, entendemos que o STF deveria enfrentar o tema na composição atual, para se ter um posicionamento mais firme. Para esquematizar melhor a matéria, transcrevemos as 3 situações apontadas em entrevista concedida pelo Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, nas quais, segundo a sua opinião (institucional), haveria o afastamento da regra rígida de se defender o texto impugnado – art. 103, § 3º, da CF/1988 (lembrando que o Min. Marco Aurélio é categórico em não aceitar qualquer ressalva):

• existência de posicionamento anterior do Supremo sobre o tema: "é comum acontecer nos casos de guerra fiscal. O Supremo tem reiteradamente decidido que leis que concedem benefícios fiscais nos estados têm que ter a aprovação do Confaz – Conselho Nacional de Política Fazendária. Se não tiver, é inconstitucional. Isso autoriza o Advogado-Geral a não defender a lei. Nesse caso, o próprio Estado se faz presente como *amicus curiae*";

• sobreposição de competência normativa: "quando um Estado aprova uma Lei sobre assunto em que a competência concorrente é da União. Se o Estado avançar sobre a competência da União, temos de fazer a opção. Há ocasiões em que não há como defender as duas normas";

• interpretação, da Lei conforme a Constituição sem redução de texto: "ou seja, quando há mais de uma forma de se interpretar uma lei. Aí a AGU faz a opção quanto ao lado em que vai atuar, porque a Lei não vai ser eliminada do mundo jurídico".[54]

12.3.7.5 Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

A Constituição estabeleceu que, na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Dessa forma, com o novo ordenamento, a PGFN deixou de ter vinculação exclusiva com o Ministério da Fazenda, passando a ser órgão de direção superior da nascente Advocacia-Geral da União, e se subordinando direta, técnica e juridicamente ao Advogado-Geral da União (art. 2º, I, "b", e § 1º, da LC nº 73/1993).

---

[53] No mesmo sentido: ADIs 2.376, 2.906 e 3.674, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2011, Plenário.
[54] Entrevista concedida pelo AGU Luís Inácio Lucena Adams (2013).

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional compete especialmente (art. 12 e art. 13 da LC nº 73/1993):[55]

• apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

• representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;

• examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

• representar a União nas causas de natureza fiscal;

• desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

12.3.7.6 Procuradoria-Geral Federal

Em relação à representação judicial e extrajudicial das autarquias[56] e fundações públicas federais, foi instituída a Procuradoria-Geral Federal, que está vinculada à Advocacia-Geral da União (art. 9º, caput, da Lei nº 10.480/2002 e art. 2º, § 3º, e art. 17 da LC nº 73/1993).

Com autonomia administrativa e financeira, aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

• exercer a sua representação judicial e extrajudicial;

• prestar as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

• promover a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

12.3.7.7 Procuradoria-Geral do Banco Central

No caso particular do Banco Central do Brasil, muito embora seja a instituição uma autarquia, houve regramento específico e previsão de carreira própria a ser organizada também por ato normativo.

---

[55] Para aprofundamento da matéria, até o fechamento desta edição, vigoravam as regras sobre competência da PGFN contidas, também, nos seguintes dispositivos: a) DL nº 147/1967; b) art. 9º do Anexo I do Decreto nº 7.482/2011, que aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do Ministério da Fazenda e reproduz o texto do art. 1º do Anexo do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria MF nº 36/2014.

[56] Destacamos a S. 644/STF: "Ao titular do cargo de Procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo".

Trata-se da Procuradoria-Geral do Banco Central, que faz parte da estrutura administrativa do Banco Central do Brasil e está em igual sentido vinculada à Advocacia-Geral da União (art. 2º, § 3º, e art. 17 da LC nº 73/1993). É responsável, com exclusividade, por sua assessoria jurídica e representação judicial e extrajudicial, nos termos do art. 4º, da Lei nº 9.650/1998 (cf. art. 164 e 192, da CF/1988).

12.3.7.8 A prerrogativa da intimação pessoal dos advogados públicos e a regra no CPC

As legislações específicas, de modo geral, estabelecem a prerrogativa da intimação pessoal dos advogados públicos:

• art. 38, da LC nº 73/1993: "as intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que oficie nos respectivos autos";

• art. 17, da Lei nº 10.910/2004: "nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente";

• art. 25, da Lei nº 6.830/1980: "Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente".

O CPC incorporou a regra das legislações específicas, deixando claro a prerrogativa da intimação pessoal em seu art. 183, caput e § 1º, do CPC: "a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal", que será feita "por carga, remessa ou meio eletrônico".

Essa norma deixa claro que a prerrogativa da intimação pessoal deverá ser observada em todos os graus de jurisdição, inclusive nos tribunais superiores.

Esse entendimento está explícito no art. 38, I, da Lei nº 13.327/2016: "são prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas, receber intimação pessoalmente, mediante carga ou remessa dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição, nos feitos em que tiver que oficiar, admitido o encaminhamento eletrônico na forma de lei".

12.3.7.9 A obrigatoriedade de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal, prevista no art. 17, da Lei nº 10.910/2004, aplica-se ao rito dos Juizados Especiais Federais?

Não.

De fato, o art. 17, da Lei nº 10.910/2004 estabelece que, nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.

Apesar dessa regra geral explícita, em situação concreta, o STF afastou a sua aplicação ao rito dos Juizados Especiais, sob pena de se violar a oralidade e a agilidade na solução dos conflitos (princípio da especialidade).

A decisão foi tomada, por maioria, no julgamento do ARE 648.629 – j. 2013, no qual o INSS atacava decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro que considerou intempestiva a interposição de recurso específico.

A maioria dos Ministros reconheceu, portanto, a total validade do Enunciado nº 39 das Turmas Recursais, que traz a seguinte interpretação: "a obrigatoriedade de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal, prevista no art. 17, da Lei nº10.910/2004, não é aplicável ao rito dos Juizados Especiais Federais".

Na prática, contudo, devemos reconhecer que toda essa discussão está perdendo o seu sentido em razão do processo eletrônico.

12.3.7.10 Advogados públicos no âmbito da Administração Federal gozam de 30 ou de 60 dias de férias?

30 dias.

Antes da promulgação, da CF/1988, o art. 1º, da Lei nº 2.123/1953 (procuradores das autarquias federais) e o art. 17, parágrafo único, da Lei nº 4.069/1962 – apesar de vetado, mantido em razão da derrubada pelo parlamento (demais membros do Serviço Jurídico da União), prescreviam as mesmas atribuições, impedimentos e prerrogativas (Lei nº 2.123/1953) e os mesmos vencimentos, gratificações e vantagens (Lei nº 4.069/1962) dos membros do MPU (Lei nº 2.123/1953), dos Procuradores da República (Lei nº 4.069/1962).

Assim, não havia dúvida, como os membros do MPU gozavam, e ainda gozam, de 60 dias de férias anuais, que os referidos advogados públicos também fizessem jus ao mesmo direito.

O art. 18, da Lei nº 9.527/1997, contudo, de modo explícito, revogou os mencionados dispositivos normativos, sendo que o seu art. 5º, caput, da Lei nº 9.527/1997, estabeleceu: "aos servidores ocupantes de cargo efetivo de advogado, assistente jurídico, procurador e demais integrantes do Grupo Jurídico, da Administração Pública Federal direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista serão concedidos 30 dias de férias anuais, a partir do período aquisitivo de 1997".

A tese que se sustentava era que as leis anteriores à Constituição teriam sido recepcionadas com o status de Lei Complementar e, assim, a mencionada Lei Ordinária não poderia ter revogado o direito às férias de 60 dias.

Esse tema foi enfrentado em dois momentos pelo STF, inicialmente pela 2ª Turma e depois pelo pleno (recurso extraordinário com repercussão geral):

• RE 539.370 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, 2ª T., DJE de 2011): a Corte, analisando a carreira da Procuradoria da Fazenda Nacional, entendeu que a Lei Ordinária poderia ter revogado referidos atos normativos anteriores à nova Constituição, na medida em que a exigência de Lei Complementar, prevista no art. 131, da CF/1988, foi direcionada apenas para organização e funcionamento da AGU, não alcançando os direitos e garantias dos advogados públicos a serem tratados como regime jurídico dos servidores que, no caso, são veiculados por Lei Ordinária, já que não exigida a Lei Complementar nos termos do art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988. No mais, não há direito adquirido a regime jurídico, conforme tanto já manifestou a Corte – para se ter um exemplo, cf. RE 345.458;

• RE 602.381 (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2014, Plenário, DJE de 2015): nesse outro precedente, agora analisado pelo pleno do STF, a decisão se deu em relação à carreira dos Procuradores Federais. Em igual sentido, entendeu o STF que a Lei Ordinária teria validamente revogado os atos normativos editados antes do advento da nova Constituição, que os recepcionou com o status de Lei Ordinária, declarando, assim, o direito às férias de 30 dias.

Em relação à carreira dos Advogados da União, muito embora o tema ainda não tenha sido enfrentado de modo específico pelo STF (pendente), também entendemos que deva ser reconhecido o direito de 30 dias, e não o de 60, a partir do advento do art. 5º, da Lei nº 9.527/1997 que revogou o art. 1º, da Lei nº 2.123/1953 e o art. 17, parágrafo único, da Lei nº 4.069/1962, não recepcionados com natureza de Lei Complementar.

Lembramos que o art. 26 da LC nº 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (que não se aplicou de imediato em razão da regra específica prevista nos dois diplomas produzidos antes de 1988), a partir da revogação expressa pela Lei nº 9.527/1997, passou a dispor inteiramente sobre a matéria, sendo que, no caso, remete para o art. 77, da Lei nº 8.112/1990, estabelece o prazo de 30 dias de férias anuais, devendo ser pago ao servidor, conforme art. 76, da Lei nº 8.112/1990, por ocasião das férias e independentemente de solicitação, um adicional correspondente a 1/3 da remuneração do período das férias (a lei, no fundo, reflete o direito assegurado nos art. 39, § 3º e § 7º, XVII, da CF/1988).

O mesmo entendimento deve ser feito para os Procuradores do Banco Central, especialmente por não ter a Lei nº 9.650/1998 estabelecido regra distinta, aplicando, assim, a regra geral para os servidores estatutários federais, no caso, o citado art. 77, da Lei nº 8.112/1990.

Apenas a título de informação, lembramos que membros do Ministério Público e magistrados, apesar da polêmica e discussão sobre a matéria, ainda gozam de férias anuais de 60 dias (art. 51, da Lei nº 8.625/1993 – LONMP, art. 220, da LC nº 75/1993 e art. 66 da LC nº 35/1979 – LOMAN).

Não nos parece possam os referidos atos normativos ser declarados inconstitucionais sob o fundamento da isonomia em relação às carreiras da advocacia pública. Trata-se, em verdade, de política legislativa e que depende de Lei para modificar o atual regime. A eventual insatisfação ao direito hoje assegurado aos membros do Ministério Público e aos magistrados deve ser discutida no plano político, e não judicial, dependente, necessariamente, insistimos, de Lei específica.

Da mesma forma, o pedido de aumento de 30 para 60 dias pelos advogados públicos não pode ser deferido pelo Poder Judiciário, nem mesmo à luz do princípio da isonomia, pois, no caso, não cabe ao Poder Judiciário legislar sobre o assunto, sob pena de violar o princípio da separação de poderes (art. 37, X e XIII, da CF/1988).

Aliás, entendemos que a tese jurídica materializada na S. 339 (editada em 1963), convertida na SV 37, pode ser aqui aplicada em relação à equiparação de direitos entre carreiras distintas: "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia" (conversão em 2014).[57]

12.3.8 Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal

12.3.8.1 Estrutura unitária (unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal)

A representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas serão exercidas pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, cujo ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (art. 132, da CF/1988).

Dessa forma, a organização da Procuradoria deverá implementar-se dentro de uma estrutura unitária, cabendo, com exclusividade, aos Procuradores, formalmente constituídos e por concurso público, as atividades de representação judicial (salvo eventual impedimento de todos os procuradores) e consultoria jurídica (salvo a possibilidade de eventual contratação de pareceres jurídicos em caso específico e em razão de notoriedade de jurista na matéria).

---

[57] Nesse sentido, a 2ª T. do STF já se manifestou no julgamento do RE 345.458, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2005, 2ª T. DJE de 2005.

A única exceção a essa regra no tocante à administração direta está contida no art. 69, do ADCT, que permite aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

A regra, contudo, é a exclusividade da representação e consultoria pelos Procuradores do Estado ou do DF.

Ao tratar do assunto, com precisão, o Min. Ayres Britto, partindo da análise dos art. 131 e art. 132, da CF/1988, observa que "a simples comparação entre os mencionados dispositivos revela que, no âmbito do Poder Executivo, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivamente confiadas pela Constituição Federal aos Procuradores de Estado, com organização em carreira e ingresso por concurso de provas e títulos, exigida ainda a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de absoluta tecnicalidade, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como "funções essenciais à Justiça" (Título IV, Capítulo IV, da CF/1988). Essa exclusividade dos Procuradores de Estado para a atividade de consultoria e representação jurídica, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como da estrita confiança da autoridade nomeante, matéria já devidamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 1.557, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 881-MC, da relatoria do ministro Celso de Mello; e ADI 1.679, da relatoria do ministro Gilmar Mendes".[58]

Avançando e até destoando do entendimento estabelecido pelo STF, a nosso ver nada impediria que o Estado, simetricamente à regra contida no art. 131, da CF/1988, fizesse a previsão, por lei, de procuradores autárquicos e de fundações públicas em âmbito estadual ou no DF, para a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas estaduais, podendo ser considerados vinculados à Procuradoria do Estado, claro, sempre por concurso público. Sustentamos a criação da carreira de advogados públicos da administração indireta estadual, e isso decorreria de opção política, devendo estar vinculados à Procuradoria-Geral do Estado ou do DF. Esse tema foi decidido pelo STF no RE 558.258, e nesse sentido posicionou-se a 1ª Turma, acompanhando o voto do Min. Lewandowski (j. 2010, DJE de 2011).

CUIDADO: o STF, contudo, vem adotando um posicionamento mais restritivo. No precedente anterior (ADI 4.261), o Plenário, nos termos do voto do Relator, havia percebido

[58] ADI 4.261, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, Plenário, DJE de 2010. Nesse sentido, cf. ADI 145, j. 2018. Reafirmando a jurisprudência, cf. ADIs 4.449, 5.215 e 5.262, j. 2019.

uma distinção entre a redação dada ao art. 131 e ao art. 132, da CF/1988, não havendo, neste, a indicação de órgãos vinculados.

Essa orientação foi explicitada pela Corte no julgamento da ADI 145 (2018): "a Constituição Federal estabeleceu um modelo de exercício exclusivo, pelos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, de toda a atividade jurídica das unidades federadas estaduais e distrital – o que inclui as autarquias e as fundações –, seja ela consultiva ou contenciosa. A previsão constitucional, também conhecida como princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal, estabelece competência funcional exclusiva da procuradoria-geral do estado. A exceção prevista no art. 69, do ADCT deixou evidente que, após a da CF/1988, não é mais possível a criação de órgãos jurídicos distintos da Procuradoria-Geral do Estado, sendo admitida apenas a manutenção daquelas consultorias jurídicas já existentes quando da promulgação da Carta".

12.3.8.2 Nomeação e destituição do Procurador-Geral pelo Governador

O Procurador-Geral do Estado é o chefe da carreira, não havendo, no entanto, previsão constitucional sobre o processo de sua nomeação e destituição.

O texto também não traz regras sobre o processo de nomeação e destituição do Procurador-Geral do Distrito Federal.

Daí o entendimento do STF de que ficou ao encargo do legislador local fixar os procedimentos nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal, especialmente em razão da autonomia federativa e diante da capacidade de auto-organização (cf. ADI 4.898, j. 2019, DJE de 2019).

Em razão da simetria, porém, determinou a Corte que as Constituições locais não podem subtrair do Governador a prerrogativa de nomear e exonerar, livremente, o Procurador-Geral do Estado. Trata-se, portanto, de cargo de confiança, ou seja, de cargo em comissão, podendo, pois, o Procurador-Geral ser demitido *ad nutum*.

Apesar de haver entendimento anterior por parte da Suprema Corte no sentido de que a Constituição Estadual poderia estabelecer que a escolha pelo Governador se desse dentre membros da carreira (não sendo essência do cargo em comissão a inexistência de qualquer limite – cf. ADI 2.581, j. 2007), o entendimento modificado e atual do STF é o de que não pode haver como limitação o requisito de o advogado ser integrante da carreira da Procuradoria para ser nomeado Procurador-Geral (ADI 5.211, j. 2019, pendente a apreciação dos embargos de declaração).

Assim, deve-se seguir simetricamente o procedimento para a escolha do AGU, regrado no art. 131, § 1º, da CF/1988, qual seja, trata-se de cargo de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Executivo.

E não poderia, também, a Constituição Estadual, ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, prescrever que a destituição dependesse de prévia autorização do Legislativo local:

"EMENTA: [...] A Constituição do Estado do Mato Grosso, ao condicionar a destituição do Procurador-Geral do Estado à autorização da Assembleia Legislativa, ofende o disposto no art. 84, XXV, e art. 131, § 1º, da CF/1988. Compete ao chefe do Executivo dispor sobre as matérias exclusivas de sua iniciativa, não podendo tal prerrogativa ser estendida ao Procurador-Geral do Estado [...]. O cargo de Procurador-Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador-Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes" (ADI 291, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

12.3.8.3 Garantias e impedimentos dos Procuradores do Estado e do DF

Conforme visto, a Constituição foi bastante tímida ao tecer as regras sobre os Procuradores dos Estados e do DF. Podemos esquematizar como segue:

• estabilidade: aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, nos termos do art. 132, parágrafo único, da CF/1988, (acrescentado pela EC nº 19/1998) é assegurada estabilidade (e não vitaliciedade) após 3 anos (e não 2 anos) de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. Lembrar que, antes da aludida alteração, a estabilidade dos Procuradores era atingida após 2 anos de efetivo exercício. De maneira correta, o art. 28, da EC nº 19/1998 assegurou e manteve o prazo de 2 anos aos servidores que se encontravam em estágio probatório quando da promulgação, da EC nº 19/1998, sem prejuízo da avaliação especial de desempenho por comissão instituída para tal finalidade (art. 41, § 4º, da CF/1988);

• remuneração: a Constituição assegura aos Procuradores de Estado e do DF a remuneração exclusivamente por subsídio, bem como a sua irredutibilidade (art. 135, c/c o art. 39, § 4º, da CF/1988). Nos termos do art. 37, XV, da CF/1988, o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto no art. 37, XI, (qual seja, subteto, limitado a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF) e XIV, art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III e 153, § 2º, I, da CF/1988;

• inamovibilidade?: conforme decidiu o STF, "a garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal apenas aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e aos

membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado" (ADI 291, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010, Plenário, DJE de 2010);

• prerrogativa de foro: em um primeiro momento, a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de se admitir que as Constituições Estaduais pudessem, de modo claro, direto e específico, sem a possibilidade de delegação para o legislador infraconstitucional, estabelecer regras sobre a prerrogativa de foro, tendo por fundamento o art. 125, § 1º, da CF/1988 (cf.: ADI 3.140, j. 2007, Plenário; HC 103.803, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, Plenário). Nesse sentido, desde que houvesse expressa previsão na Constituição Estadual, o STF reconhecia a prerrogativa de foro para os Procuradores de Estado e do DF. CUIDADO: esse entendimento, contudo, foi alterado no julgamento da ADI 2.553, em 2019. Por 7 X 2, o STF passou a entender que o art. 125, § 1º, da CF/1988, não pode ser um "cheque em branco" para o constituinte estadual. Como a Constituição Federal estabelece regras sobre a prerrogativa de foro em todos os níveis da federação (federal, estadual, distrital e municipal), os Estados não podem disciplinar a matéria em sua Constituição Estadual. Assim, concluiu a Corte que Procuradores de Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia não têm prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça local;

• independência funcional?: o STF não a aceitou no julgamento da ADI 470 (j. 2002), entendendo ser inerente a outras categorias, como o Ministério Público. A decisão é anterior à nova composição e poderia ser repensada em uma tentativa de flexibilização. Em julgamento mais recente, na ADI 4.261, j. 2010, no voto do Min. Ayres Britto (vide passagem no item 12.3.8.1, acima), Relator, sustentou a ideia de independência funcional (tema pendente de explicitação);

• intimação pessoal: de acordo com o art. 183, caput e § 1º, CPC, "a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal", que será feita "por carga, remessa ou meio eletrônico";

• exercício da advocacia fora das atribuições institucionais: como não há previsão constitucional, a definição ficou ao encargo das Constituições Estaduais e, da Lei orgânica do DF. Não havendo proibição, poderão advogar. Assim, a análise deverá ser feita de acordo com cada regra estadual (dependendo da prova que forem enfrentar) e, no caso do DF, no fechamento desta edição, não havia proibição aos seus Procuradores, que, por consequência, podiam advogar, mas, é claro, desde que não contrariassem os interesses do DF.

12.3.9 Procuradoria-Geral dos Municípios

Já mencionamos que não houve previsão explícita de Procuradorias Municipais, podendo, naturalmente e desde que observadas as regras constitucionais, a matéria ser tratada nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e legislação própria.

André Ramos Tavares ensina que a procuradoria municipal "... não foi contemplada pela Constituição como instituição obrigatória (até rendendo-se à realidade de municípios que não teriam como arcar com um quadro de advogados públicos permanentes)".[59]

Não há previsão constitucional proibindo ou permitindo os Procuradores dos municípios de advogar fora das atribuições institucionais. Assim, essa definição ficará ao encargo das Constituições Estaduais e das leis orgânicas. Não havendo proibição, poderão advogar.

Apesar dessa falta de previsão explícita, o STF entendeu que os Procuradores Municipais estão sujeitos ao teto do funcionalismo, tendo sido fixada a seguinte tese da repercussão geral (tema 510): "a expressão "Procuradores", contida na parte final do art. 37, XI, da CF/1988, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas Funções Essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25% acrescente-se) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal", destacando-se os seguintes pontos da ementa:

• "os Procuradores Municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas Funções Essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito;

• o teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao *thema decidendum*, preservar as Funções Essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário;

• os Procuradores do Município, consectariamente, devem se submeter, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da CF/1988;

• o termo "Procuradores", na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz que a mesma *ratio legitima*, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., DJE 2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJE 2011" (RE 663.696, 2019).

---

[59] TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*.

12.3.10 Advocacia pública e os honorários de sucumbência no CPC

De acordo com o art. 85, § 19, do CPC, "os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos, da lei".

Trata-se de tema bastante polêmico, introduzido por emenda da Câmara dos Deputados e não afastado pelo Senado Federal, e sobre o qual ainda estamos refletindo.

Conforme anotou Cassio Scarpinella Bueno, "para evitar a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo – remuneração de servidores públicos, aí incluídos advogados públicos, é tema que demandaria iniciativa legislativa do Chefe do Executivo Federal, Estadual e Municipal, consoante o caso (art. 61, § 1º, II, "a", da CF/1988) – importa entender a previsão inócua. Inócua porque ela, na verdade, só pode ser compreendida no sentido literal da remissão que faz. Que há ou que haverá uma Lei (federal, estadual ou municipal, consoante o caso) que trata do assunto, Lei esta que não é – nem pode ser, sob pena de incidir no vício anunciado – o CPC".[60]

Nesse contexto, o art. 29, da Lei nº 13.327/2016 estabeleceu que os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo (advocacia pública federal).

Os honorários, que não integram o subsídio (art. 29, parágrafo único, da CF/1988), nem a base de cálculo, compulsória ou facultativa, da contribuição previdenciária (art. 32, da CF/1988), não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

Para administração e gestão dos honorários advocatícios foi criado pela Lei o Conselho Curador dos Honorários Advocatícios (CCHA), vinculado à Advocacia-Geral da União, composto por 1 representante de cada uma das carreiras mencionadas no art. 27, I ao IV da Lei nº 13.327/2016.

12.4 Advocacia

A Constituição traz diversas prescrições sobre a classe de advogados, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Federal, destacando-se as seguintes:

• art. 5º, LXIII, da CF/1988: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

---

[60] BUENO, Cassio Scarpinella: *Novo código de processo civil anotado.*

• art. 93, I, da CF/1988: participação da OAB em todas as fases do concurso público para ingresso na carreira da magistratura;

• art. 94, da CF/1988: regra do quinto constitucional, pela qual advogados passam a integrar alguns dos tribunais do Judiciário brasileiro (TRFs – art. 107, I, da CF/1988, TJs, TJDFT, TST – art. 111-A, I da CF/1988, TRT – art. 115, I, da CF/1988);

• art. 103, VII, da CF/1988: legitimidade do Conselho Federal da OAB para propositura das ações de controle concentrado: ADI, ADC, ADPF e ADO;

• art. 103-B, XII, da CF/1988: 2 advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB, integram o CNJ;

• art. 103-B, § 6º, da CF/1988: o Presidente do Conselho Federal da OAB oficia junto ao CNJ;

• art. 104, parágrafo único, II, da CF/1988: 1/3 dos Ministros do STJ será escolhido dentre advogados, na forma da Constituição;

• art. 119, II, da CF/1988: 2 Ministros do TSE serão escolhidos dentre advogados, na forma da Constituição;

• art. 120, § 1º, III, da CF/1988: 2 juízes do TRE serão escolhidos dentre advogados, na forma da Constituição;

• art. 123, parágrafo único, I, da CF/1988: 3, dentre os 15 Ministros vitalícios do STM, serão escolhidos dentre advogados, na forma da Constituição;

• art. 129, § 3º, da CF/1988: participação da OAB na realização do concurso público de provas e títulos para o ingresso na carreira do Ministério Público;

• art. 130-A, V, da CF/1988: 2 advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB, integram o CNMP;

• art. 130-A, § 4º, da CF/1988: o Presidente do Conselho Federal da OAB oficiará junto ao CNMP;

• art. 132, da CF/1988: participação da OAB em todas as fases do concurso público de provas e títulos para a carreira de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal;

• art. 133, da CF/1988: o advogado[61] é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites, da lei;

---

[61] De acordo com a lei, o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na OAB. A atividade de advocacia é exercida (seguindo as regras do Estatuto e do regime próprio de cada carreira) pelos integrantes da Advocacia-Geral da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional (art. 3º do Estatuto da OAB). CUIDADO: uma questão importante deve ser acompanhada: o tema 936 da repercussão geral discute se a exigência de inscrição de advogado público nos quadros da OAB para o exercício de suas funções públicas encontra ou não fundamento na Constituição (leading case: RE 609.517, decisão pela existência de repercussão geral em 2017, DJE de 2017, pendente o julgamento de mérito). O tema ainda está sendo discutido na ADI 5.334, proposta pela PGR em 2015 (pendente). Em relação à Defensoria Pública, cf. a discussão e o nosso entendimento no item 12.5.6.5.

• art. 235, V, "b", da CF/1988: composição do Tribunal de Justiça nos 10 primeiros anos de criação de novo Estado-membro.

A leitura do art. 133, da CF/1988, permite a extração de duas regras: a) indispensabilidade do advogado, que, contudo, não é absoluta. Vejamos alguns exemplos de dispensa de advogado: impetração de *habeas corpus*; revisão criminal; ajuizamento de ação nos denominados Juizados de "Pequenas Causas" – Juizados Especiais Cíveis e Criminais (em âmbito estadual, nas causas com valor de até 20 salários mínimos – art. 9º, caput, da Lei nº 9.099/1995 e, conforme a Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, nas causas cíveis de até 60 salários mínimos, de acordo com a possibilidade de dispensa prevista no art. 10, da Lei nº 10.259/2001); na Justiça do Trabalho etc;[62] b) imunidade do advogado, que também não é irrestrita, devendo obedecer aos limites definidos na Lei (Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/1994) e restringir-se, como prerrogativa, às manifestações durante o exercício da atividade profissional de advogado.[63]

Requisitos para a inscrição na OAB, como advogado: a) capacidade civil; b) diploma ou certidão de graduação em Direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; c) título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; d) aprovação em Exame de Ordem; e) não exercer atividade incompatível com a advocacia; f) idoneidade moral; e g) prestar compromisso perante o Conselho (cf. art. 8º, do Estatuto da OAB).

Destaque deve ser dado à Lei nº 13.245/2016, que assegurou importantes conquistas, notadamente: a) o direito do advogado de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, e não apenas na repartição policial, mesmo sem procuração, exceto nas hipóteses de sigilo, os autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; b) o direito de assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações (art. 7º, XIV e XXI e § 10 ao § 12, da Lei nº 8.906/1994).

Lembramos, também, a Lei nº 13.363/2016, que alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), e a Lei nº 13.105/2015 (CPC), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai (recomendando a sua leitura para as provas e concursos).

Finalmente, importante destaque deve ser feito em relação à Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), que acrescentou o art. 7º-B à Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), para definir como crime a violação de direitos ou prerrogativas do advogado

---

[62] Observar, contudo, serem nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, bem como os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado, ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia (art. 4º, do Estatuto da OAB).

[63] As regras definidas no Estatuto da Advocacia e a OAB, seu Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina da OAB deverão ser estudadas para enfrentar as questões do Exame de Ordem Unificado.

previstos no art. 7º, caput, II, III, IV e V da Lei nº 8.906/1994. Referido dispositivo havia sido vetado pelo Presidente da República, mas o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

12.4.1 A advocacia à luz da jurisprudência do STF

O STF interpretou diversos dispositivos do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994) e da instituição no julgamento das ADIs 1.105, 1.127, 1.194, 2.522, 3.168, 3.541; ADI 3.026; RE 595.332; RE 603.583; SV 5 e SV 47. Passaremos a analisá-los.

12.4.1.1 ADI 1.105 e ADI 1.127[64]

12.4.1.1.1 A exegese fixada pelo STF

• Art. 1º, I, da Lei nº 8.906/1994: art. 1º – São atividades privativas de advocacia, I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

A alegação de inconstitucionalidade da expressão "aos juizados especiais" foi julgada prejudicada tendo em vista a superveniência do art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, que permite que a parte demande sem advogado nas causas de até 20 salários mínimos.

Contudo, o STF julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão "qualquer", já que a presença dos advogados, como vimos, em certos atos, pode ser dispensada (ex.: juizados especiais, Justiça do Trabalho, impetração do *habeas corpus* e ações revisionais).

• Art. 2º, § 3º, Lei nº 8.906/1994: art. 2º – O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º – No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.

O STF declarou constitucional a regra, com fundamento no art. 133, da CF/1988, que também remete à Lei (Lei nº 8.906/1994) os limites da referida inviolabilidade.

• Art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] § 2º – O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

O STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "ou desacato". Ou seja, no exercício da profissão, o advogado pode ser processado por desacato praticado contra funcionário público. Segundo o STF, tal prerrogativa, ou seja, não responder, criminalmente, o advogado pela prática de desacato, criaria desigualdade entre o juiz e o advogado, retirando do juiz a autoridade indispensável à condução do processo. Veja, também, que o texto não

[64] Cf. Inf. 427/STF e Notícias STF, 2006.

menciona o crime de calúnia. Assim, o advogado pode ser processado quando caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

A título de curiosidade e informação, em bem fundamentado voto proferido pelo Min. Ribeiro Dantas da 5ª Turma do STJ, em um primeiro momento, realizando controle de convencionalidade, passou a ser entendido que o art. 331, do CP, que prevê a figura típica do desacato, estaria com a sua eficácia normativa "paralisada" por não se adequar ao prescrito no art. 13, do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. Descrito como um tipo penal "anacrônico", estabeleceu-se que a criminalização do desacato estaria "na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo" (REsp 1.640.084-SP/STJ, 5ª T., j. 2016, DJE de 2017).

Contudo, em momento seguinte, a 3ª Seção do STJ, por 6 x 2, pacificou o entendimento, definindo que desacato continua a configurar crime. O STJ tem 6 Turmas e 3 Seções. Cada Seção reúne Ministros de 2 Turmas especializadas, e, no caso, a 3ª Seção tem competência para matéria penal, reunindo os Ministros das 5ª e 6ª Turmas.

De acordo com o art. 14, II, do RISTJ, as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção.

Portanto, o entendimento firmado pela 3ª Seção prevalece sobre a decisão da 5ª Turma. Conforme noticiado, de acordo com o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, "a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis "ofensas sem limites". Para o magistrado, a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, "desde que o faça com civilidade e educação"".

O Ministro Rogerio Schietti Cruz, por sua vez, acompanhando o voto vencedor, afirmou que "a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que o direito penal pode responder a eventuais excessos na liberdade de expressão" (cf. Notícias STJ de 2017 – HC 379.269, j. 2017).

Nesse sentido, a 2ª Turma do STF, por 3 x 1, afastou a alegação de inconstitucionalidade e inconvencionalidade do crime de desacato, denegando ordem de *habeas corpus* (HC 141.949, j. 2018).

Devemos destacar que ainda não temos decisão do pleno do STF sobre o tema, que apreciará a questão – recepção ou não do art. 331, do CP – no julgamento da ADPF 496, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em 2017 (pendente). Portanto, por enquanto, desacato continua crime e, consequentemente, o advogado poderá ser processado por desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

• Art. 7º, II, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB (redação anterior à Lei nº 11.767/2008 – vide comentário abaixo).

O STF declarou, analisando a redação anterior à Lei nº 11.767/2008, constitucional, nos termos do art. 5º, XII, da CF/1988, seja a possibilidade de busca e apreensão em escritório de advocacia, seja a necessidade, nesta hipótese, de acompanhamento de representante da OAB. Naturalmente, se, após ser solicitada, expressamente e em caráter confidencial, a indicar o representante, não o fizer, poderá o Judiciário implementar a busca e apreensão sem que isso gere ilicitude da prova resultante da apreensão.

Cabe alertar que a Lei nº 11.767/2008 alterou o art. 7º, II, da Lei nº 8.906/1994 que passou a ter a seguinte redação: "II – ... a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia".

Por sua vez, o art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906/1994, estabelece que, presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o art. 7º, caput, II, da Lei nº 8.906/1994, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

Tal ressalva, contudo, não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

• Art. 7º, IV, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] IV – ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

O STF julgou constitucional a necessidade de representante da OAB para a prisão em flagrante de advogado por motivo ligado ao exercício da advocacia. No entanto, os Ministros fizeram constar que a prisão em flagrante é válida se a OAB, devidamente comunicada, não encaminhar representante em tempo hábil e razoável.

• Art. 7º, V, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior,

com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

O STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB", já que, embora firmado o direito de ser recolhido preso em sala de Estado-Maior,[65] antes de sentença transitada em julgado, na prática quem deve reconhecer se as instalações e comodidades são condignas é o Estado, e não a OAB. Isso porque a administração de estabelecimentos prisionais constitui prerrogativa do Poder Público, e não da OAB.

• Art. 7º, IX, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] IX – sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.

O inciso foi declarado inconstitucional por violar o princípio do devido processo legal, assim como pelo fato de o contraditório ser estabelecido entre as partes, e não entre estas e o juiz.

• Art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] § 3º – O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no art. 7º, § 3, IV, da Lei nº 8.906/1994.

O STF julgou improcedente o pedido sobre esse ponto, entendendo constitucional a prerrogativa de só ser preso em flagrante, por motivo da profissão, nas hipóteses de crime inafiançável e tendo a necessidade de um representante da OAB para a lavratura do flagrante.

• Art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.906/1994: art. 7º – São direitos do advogado: [...] § 4º – O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB.

O STF julgou parcialmente o pedido de inconstitucionalidade nesse ponto, entendendo inconstitucional a expressão "e controle". Assim, é dever do Judiciário e do Executivo a instalação, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, de salas especiais permanentes para os advogados; porém, o controle não será da OAB, e sim da Administração Pública, já que se trata de utilização de bem público.

• Art. 28. II, da Lei nº 8.906/1994: art. 28 – A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] II – membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta.

---

[65] Sobre o tema, cf. aprofundamento no item 12.4.1.1.3.

O STF julgou parcialmente procedente o pedido e, dando interpretação conforme a Constituição, excluiu da proibição do art. 28, II, da Lei nº 8.906/1994, os juízes eleitorais e seus suplentes, que poderão continuar advogando. Deve-se destacar que a afronta é em relação aos art. 119, II, e art. 120, § 1º, III, da Lei nº 8.906/1994. Assim, podem continuar advogando os juízes eleitorais e suplentes que forem advogados (tendo em vista que a Justiça Eleitoral tem uma composição mista). Isso porque a Justiça Eleitoral não os absorve de modo integral, nem lhes exige exclusividade.

• Art. 50, da Lei nº 8.906/1994: art. 50 – Para os fins desta lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional.

O Plenário, dando interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, estabeleceu que a "requisição" de cópias deve ser motivada e compatível com as finalidades, da lei. Além disso, a OAB deve responsabilizar-se pelos custos e preservar sempre os documentos que estejam cobertos por sigilo.

Finalmente, e para facilitar a vida dos ilustres bacharéis que vão enfrentar o Exame de Ordem, observamos que o acórdão da ADI 1.127, depois de 4 anos do julgamento, foi publicado e, assim, chegou o momento de sedimentar a matéria:[66]

12.4.1.1.2 Quadro-resumo

VAMOS DECORAR
• o advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais; • a imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público; • a inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional; • a presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma; • a prisão do advogado em sala do Estado-Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público; • a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado; • a sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes;

[66] Cf. ADI 1.127, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2006, Plenário, DJE de 2010. Para quem se animar, o acórdão tem 201 páginas – o quadro resumo é a Ementa do acórdão.

• a imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional;
• o múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável;
• o controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense;
• a incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição;
• a requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades, da Lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo.

12.4.1.1.3 Sala de Estado-Maior

Para iniciarmos uma análise mais detida sobre o assunto, devemos, novamente, ler o art. 7º, V, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia): "são direitos do advogado: não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar".

Conforme vimos, no julgamento da ADI 1.127, o STF estabeleceu que o dever de certificar se as instalações e comodidades da sala de Estado-Maior são condignas é do Estado, e não da OAB, declarando, assim, a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB".

A leitura do texto parece não deixar qualquer dúvida em relação à regra da prisão especial do advogado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (quando, então, depois do trânsito em julgado, não mais haverá a prerrogativa): ou a prisão se dará em sala de Estado-Maior ou a prisão será domiciliar. Não há outra alternativa pela "letra, da Lei".

Isso posto, surge a primeira pergunta: o que é sala de Estado-Maior?

Não houve previsão normativa. O STF, contudo, em recorrente precedente, estabeleceu a seguinte definição:

"Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, "sala de Estado-Maior" é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma "cela" tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém – e, por isso, de regra, contém grades –, uma "sala" apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer "instalações e comodidades

condignas", ou seja, condições adequadas de higiene e segurança" (Rcl 4.535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, Plenário, DJ de 2007).

Em momento seguinte, o Min. Dias Toffoli, por sua vez, nos autos das Rcls 5.826 e 8.853 (que foram julgadas improcedentes – j. 2015), durante a instrução, solicitou informações sobre o tema ao Ministro de Estado da Defesa, que apresentou os seguintes esclarecimentos (transcritos no voto do Min. Toffoli):

• Conceito de sala de Estado-Maior: "não existe, em nosso regimento, uma definição exata do que seja sala de Estado-Maior, contudo aglutinando os costumes da lide castrense e alicerçado na definição de Estado-Maior, ou seja "Estado-Maior – Órgão composto de pessoal militar qualificado, que tem por finalidade assessorar o comandante no exercício do comando" – glossário das Forças Armadas MD35-G-01 (4ª Ed./2007), pode-se dizer que "sala de Estado-Maior" é um compartimento de qualquer unidade militar que possa ser utilizado pelo Estado-Maior para exercer suas funções";

• Como os militares tratam a questão (ofícios pelos quais se solicitam locais com salas de Estado-Maior para receberem advogados presos preventivamente, tendo em vista o que reza o estatuto da classe)?: "no que tange a essa questão, informo que nas instalações militares não existem compartimentos que ofereçam ambientes adequados para o recebimento de pessoas com as qualificações citadas. Quando ocorre a prisão de oficial, o usual é a separação de uma sala, onde são colocados meios mínimos, para que o militar permaneça durante o cumprimento da sanção disciplinar".

Estabelecido o conceito, lançamos uma segunda pergunta: como tem sido a interpretação da Suprema Corte em relação à regra contida no Estatuto da Advocacia?

Analisando a jurisprudência do STF, observamos que o tema tem recebido várias interpretações, inclusive no sentido da não aplicação da citada literalidade do Estatuto da Advocacia, que estabelece uma regra (prisão em sala de Estado-Maior) e uma única alternativa no caso de sua falta (prisão domiciliar).

Como observou a Min. Rosa Weber na apreciação de pedido de liminar na Rcl 18.023 (j. 2014), excepcionando a literalidade do art. 7º, V, da Lei nº 8.906/1994, "não exclui a possibilidade de acomodação do acusado em cárcere separado dos demais presos, quando não se afigurar recomendável a prisão domiciliar e não existir Sala de Estado-Maior na localidade" (Rcl 15.755/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 2013). No mesmo sentido: Rcl 15.815/PB, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 2013; Rcl 17.143/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE de 2014; e Rcl 17.635/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE de 2014).

E concluiu: "ademais, o recolhimento de advogado em Sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da condenação, comporta interpretação. Já se entendeu que o recolhimento em sala, com ou sem grades, na Polícia Militar atendia ao requerido (v.g.: HC 99.439 e Reclamação 5.192), e até mesmo que o recolhimento em cela individual em ala

reservada de presídio federal se mostrava hábil a tanto (Reclamação 4.733). Na esteira da Reclamação 6.387, penso que o essencial é que o local ofereça instalações e comodidades condignas (Reclamação 4.535 e 6.387), por certo consideradas as limitações decorrentes da prisão do agente, como na hipótese".

Ainda sobre o tema, mas de modo mais amplo, em outro julgado, o Min. Gilmar Mendes sustentou que a regra contida no art. 7º, V, do Estatuto da Advocacia, teria sido revogada pela Lei nº 10.258/2001 que, ao alterar o art. 295 do CPP, definiu em seus parágrafos que a prisão especial poderá se dar em cela distinta do mesmo estabelecimento prisional (tese essa acolhida pela 2ª T., STF, no julgamento da Rcl 14.267, j. 2014, DJE de 2014).

O grande problema desse entendimento firmado pela 2ª T., STF, é que ele viola a posição firmada pelo pleno da Corte no julgamento de questão de ordem na ADI 1.127, que afastou a referida tese da revogação, vencidos apenas os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso (j. 2006). Por esse motivo, entendemos que essa sugerida nova interpretação – revogação ou não da prerrogativa exclusiva do advogado pela Lei nº 10.258/2001 – deveria ter sido afetada ao pleno para que, então, pudesse, na nova composição, reanalisar a matéria (pendente nova apreciação pelo Plenário).

Em nosso entendimento, essa flexibilização que vem sendo dada à literalidade da regra contida no Estatuto da OAB extrapola os limites, da lei.

Concordamos que a prisão domiciliar pode não ser conveniente em situações concretas de envolvimento do advogado na prática de crimes. Contudo, a solução deveria ser no sentido de obrigar o Estado a ter as referidas salas de Estado-Maior, e não, de modo mais simplório, reservar uma cela especial para o advogado, muitas vezes, em presídios normais.

Em nossa opinião, muito embora o próprio Estatuto da Advocacia preveja a igualdade de tratamento entre magistrados e advogados, e àqueles se aplica a regra do CPP (art. 295, VI, CPP), parece ter sido estabelecido pelo legislador uma prerrogativa especial exclusiva do advogado e que, na prática, não tem sido observada nos precedentes citados.

Nessa linha, além dos casos já destacados, lembramos que, em outros julgados, não tão desproporcionais como a violação da literalidade do art. 7º, V, da Lei nº 8.906/1994, alguns Ministros estão afirmando que a expressão é anacrônica e que não haveria mais, fisicamente, sala de Estado-Maior no Brasil, bastando, conforme Ayres Britto, a existência de uma "... sala em unidade castrense, com condições condignas de comodidade" (cf. Rcls 5.826 e 8.853, voto proferido em 2010).[67]

---

[67] Nessa data, houve pedido de vista do Min. Dias Toffoli. O mérito, contudo, não foi apreciado, por entender, a maioria da Corte, não se tratar de hipótese para o cabimento da reclamação (j. 2015). Devemos aguardar novo pronunciamento do Plenário para enfrentar a discussão sobre a revogação ou não do art. 7º, V, da Lei nº 8.906/1994 pela Lei nº 10.258/2001 (pendente). Em seu voto, em *obiter dictum*, o Min. Dias Toffoli ponderou: "assim, penso, em conformidade com o que igualmente expôs o ilustre Procurador-Geral da República, que tal como se dá em relação aos Magistrados e Membros do Ministério Público, na hipótese de prisão provisória, devem ser asseguradas aos advogados instalações condignas com o seu grau, sejam elas em estabelecimento castrense ou não, dotadas de conforto mínimo e instalações sanitárias adequadas, em

12.4.1.2 ADI 1.194, ADI 2.522, ADI 3.168 e ADI 3.541

Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados – ADI 1.194

Segundo o STF, "... referida norma visa à proteção e segurança dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, salvaguardando-os de eventuais prejuízos decorrentes de irregularidades cometidas por profissionais estranhos ao exercício da advocacia, além de minimizar a possibilidade de enganos ou fraudes" (Inf. 445).

Honorários de advogado empregado – disponibilidade – ADI 1.194

Ao analisar o art. 21, caput, e parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994, o STF entendeu "... ser possível haver estipulação em contrário entre a parte e o seu patrono quanto aos honorários de sucumbência, haja vista tratar-se de direito disponível" (Infs. 445 e 547/STF).

O advogado não está obrigado a pagar contribuição sindical – ADI 2.522

O art. 47, da Lei nº 8.906/1994, do Estatuto da OAB, estabelece que o pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical.

O STF entendeu constitucional a regra. Dentre os argumentos apontados, destaca-se o reconhecimento de ter o Estatuto da Advocacia atribuído à OAB a "função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, ou seja, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria", amparando todos os inscritos, não apenas os empregados. Nesse sentido, "não há como traçar relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais. As funções que deveriam, em tese, ser por eles desempenhadas foram atribuídas à Ordem dos Advogados" (ADI 2.522, j. 2006).

Essa decisão, contudo, fez sentido por 12 anos. Isso porque, em 2018, a Corte, por 6 x 3, a partir do dispositivo constitucional prescrito no art. 8º, V, da CF/1988, ("ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato"), declarou serem "compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos, da Lei nº13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical e condicionaram o seu pagamento à prévia e expressa autorização dos filiados" (ADI 5.794 e ADC 55 – cf. art. 578, art.579, art.582 e art.587, da CLT).

É constitucional a regra do art. 10, da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que dispensa a presença do advogado nos processos cíveis – ADI 3.168.

---

ambiente que não seja guarnecido com grades e outros dispositivos ostensivos de contenção, que eventualmente se equiparem a uma cela. Com isso, certamente, estará atendida a *ratio*, da Lei e assegurada aos integrantes da advocacia, se provisoriamente presos, dignidade idêntica àquela desfrutada pelas mais altas autoridades da República".

O art. 10, da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais) estabelece que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

O STF entendeu constitucional a regra, "... seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça". Essa regra, todavia, vale só para os processos cíveis, já que, "... no que respeita aos processos criminais, considerou-se que, em homenagem ao princípio da ampla defesa, seria imperativo o comparecimento do réu ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade – advogado inscrito nos quadros da OAB ou defensor público".

Ainda, o entendimento pela possibilidade de se dispensar advogado deve restringir-se ao processo cível, pois, por outro argumento, deve-se observar o art. 68, da Lei nº 9.099/1995, de aplicação subsidiária (art. 1º, da Lei nº 10.259/2001), "... que determina a imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais" (Inf. 430/STF).

Advocacia e atividade policial – ADI 3.541

A Lei estabelece ser incompatível a advocacia, mesmo em causa própria, com as atividades ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza (art. 28, V, da Lei nº 8.906/1994).

O STF entendeu como constitucional essa regra: "a vedação do exercício da atividade de advocacia por aqueles que desempenham, direta ou indiretamente, serviço de caráter policial, prevista no art. 28, V, da Lei nº8.906/1994, não se presta para fazer qualquer distinção qualificativa entre a atividade policial e a advocacia. Cada qual presta serviços imensamente relevantes no âmbito social, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Magna a respeito dessas atividades. O que pretendeu o legislador foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial ao cumprimento das respectivas funções. Referido óbice não é inovação trazida pela Lei 8.906/1994, pois já constava expressamente no anterior Estatuto da OAB, art. 84, XII, da Lei nº 4.215/1963. Elegeu-se critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza" (ADI 3.541, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

12.4.1.3 OAB – "serviço público independente"– ADI 3.026

Conforme interpretou o STF, a OAB não se sujeita aos ditames impostos à administração pública direta e indireta, não se caracterizando, portanto, como entidade da administração indireta da União (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006).

Assim, “a OAB não está sujeita a controle da Administração”, sendo uma entidade autônoma e independente. Aliás, essa não vinculação formal e material mostra-se necessária, já que, de acordo com o art. 44, I, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), a Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

• defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

• promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Observa-se, ainda, que a Constituição não traz nenhuma regra específica sobre os demais conselhos de fiscalização profissional ou os seus profissionais. Contudo, em relação à classe de advogados, à OAB e ao Conselho Federal, confirmando não estar esse serviço voltado exclusivamente a finalidades corporativas, mas, também, a finalidades institucionais, a Constituição estabelece diversas prescrições, já apontadas no item 12.4.

Retomando o julgado em análise (ADI 3.026), segundo ficou assentado, “a OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133, da CF/1988). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional”.

E qual seria a natureza jurídica da OAB?

Segundo entendeu a Corte, a OAB é um “serviço público independente”, “categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. Cabe lembrar que, de acordo com o art. 45, § 5º, da Lei nº 8.906/1994, a OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços.

De acordo com o voto do Min. Ayres Britto na ADI 3.026, “a OAB não se integra nos órgãos e entes da Administração Pública [...] –, por isso mesmo, ela não se submete à direção superior do Presidente da República, nem pela supervisão, coordenação, orientação dos Ministros de Estado. Seu patrimônio não é do Estado – pelo menos não é do Estado pessoa jurídica –, seus cargos e empregos não são criados por lei, não são modificados por lei, não são extintos por lei”.

Conforme esclareceu a Corte em momento seguinte, “a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (150, VI, “a”, da CF/1988), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado”. Esse entendimento deve ser

aplicado também para as Caixas de Assistências dos Advogados, na medida em que "prestam serviço público delegado, possuem status jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo" (RE 405.267, j. 2018, DJE de 2018).

Dessa forma, por todas essas características definidas pelo STF, que inclusive a distinguiu dos demais conselhos de fiscalização profissional, "incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB" (ADI 3.026) e inexistente o dever de licitar e de prestar contas ao TCU.[68]

Conforme já alertamos (apesar de não ter havido análise pelo STF sobre esse tema específico – cf. item 11.12.14.4), os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pela OAB não se submetem ao regime de precatórios (para aprofundar a matéria em relação aos demais conselhos de fiscalização como CREA, CRM, CRO etc., cf. item 11.12.14.3).

Finalmente, retomando a ADI 3.026, além de ter afastado a regra do concurso público (já que o STF entendeu como constitucional o disposto no art. 79, caput, do Estatuto dos Advogados, que determina a aplicação do regime trabalhista), o pleno assegurou, também, a validade da indenização prevista no art. 79, § 1º, do Estatuto do Advogados.

Referido dispositivo concedeu aos servidores da OAB, sujeitos ao regime, da Lei nº 8.112/1990,[69] o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de 90 dias a partir da vigência, da lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a 5 vezes o valor da última remuneração.

---

[68] Essa a orientação a ser adotada nas provas de concursos. Contudo, caber alertar que essa interpretação fixada pelo STF gerou críticas por parte da doutrina. Por todos, conforme observou Di Pietro, "com essa decisão, a OAB passa a ser considerada como pessoa jurídica de direito público no que esta tem de vantagens (como todos os privilégios da Fazenda Pública, como imunidade tributária, prazos em dobro, prescrição quinquenal etc.), mas não é considerada pessoa jurídica de direito público no que diz respeito às restrições impostas aos entes da Administração Pública direta e indireta (como licitação, concurso público, controle). A decisão é absolutamente inaceitável quando se considera que a OAB, da mesma forma que as demais entidades profissionais, desempenha atividade típica do Estado (poder de polícia, no qual se insere o poder disciplinar) e, portanto, função administrativa descentralizada pelo Estado (...). O acórdão do Supremo Tribunal Federal, com todo o respeito que é devido à instituição, criou uma fórmula mágica para subtrair a OAB do alcance das normas constitucionais pertinentes à Administração Pública indireta, quando essas normas imponham ônus ou restrições, sem, no entanto, retirar-lhe os privilégios próprios das demais pessoas jurídicas de direito público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo*). Ainda, devemos destacar que, em 2018 (TC 015.720/2018-7), o TCU reformou o seu entendimento (que havia sido firmado no Acórdão nº 1.765/2003-TCU-Plenário), passando a reconhecer o necessário controle das contas da OAB. Por se tratar de mudança de posicionamento, fixou-se uma espécie de modulação dos efeitos da decisão para 2021, referente às contas do ano 2020. Sem dúvida o tema será levado ao STF, que, conforme visto, não reconheceu o dever de prestar contas ao TCU, seja no precedente firmado em 2006 (ADI 3.026), seja em sua reafirmação em 2018 (RE 405.267) (pendente).

[69] Como assim "servidores da OAB sujeitos ao regime, da Lei nº 8.112/1990"? Explicamos: a OAB foi criada pelo art. 17 do Decreto nº 19.408/1930 e o seu primeiro estatuto só veio a ser elaborado em 1963 pela Lei nº 4.215/1963. O art. 148, da Lei nº 4.215/1963, determinou aos funcionários da OAB a aplicação do regime legal do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e leis complementares. Tratava-se, da Lei nº 1.711/1952 que veio a ser revogada pela Lei nº 8.112/1990. Conforme visto, a Lei nº 8.906/1994 determinou, para esses sujeitos ao regime, da Lei nº 8.112/1990, a opção pelo regime trabalhista, ou, não optando, o posicionamento no quadro em extinção, assegurado o direito adquirido ao regime legal anterior.

Aqueles que não optassem pelo regime trabalhista, nos termos do art. 79, § 2º, do Estatuto dos Advogados, seriam posicionados no quadro em extinção, assegurado o direito adquirido ao regime legal anterior.

O STF entendeu que "... a previsão de indenização seria razoável porque destinada a compensar, aos optantes pelo regime celetista, a perda de eventuais direitos e vantagens até então integrados ao patrimônio dos funcionários, e que o dispositivo estatuiu disciplina proporcional e consoante os princípios da igualdade e isonomia. Além disso, o preceito já teria produzido efeitos, devendo ser preservadas as situações constituídas por questões de segurança jurídica e boa-fé" (Inf. 430/STF).

12.4.1.4 Competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações em que a OAB figure na relação processual (RE 595.332)

O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 258 da repercussão geral, em 2016, fixou a seguinte tese: "compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual". O caso concreto tratava da cobrança de anuidades de inscrito inadimplente.

Estabeleceu a Corte que "a OAB, sob o ângulo do conselho federal ou das seccionais, não seria associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento (art. 5º, XVIII, da CF/1988). Consubstanciaria órgão de classe, com disciplina legal – Lei 8.906/1994 –, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória". Poderia ser definida, então, como "autarquia corporativista, o que atrairia, a teor do art. 109, I, da CF/1988, a competência da justiça federal para o exame de ações – de qualquer natureza – nas quais ela integrasse a relação processual. Assim, seria impróprio estabelecer distinção em relação aos demais conselhos existentes" (Inf. 837/STF).

12.4.1.5 Constitucionalidade do exame de Ordem: Vitória para os bacharéis em direito e conquista da sociedade (RE 603.583)

Como se sabe, o art. 8º, IV, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) exige a aprovação em Exame de Ordem para inscrição como advogado.

A "OAB", por sua vez, além de "controlar" a inscrição como advogado do bacharel em direito, participa dos concursos públicos para o ingresso nas carreiras da magistratura, do

MP, das procuradorias dos Estados e do DF, das Defensorias Públicas, podendo, ainda, ajuizar a ADI e outras ações constitucionais, indicar membros e participar do CNJ, bem como do CNMP.

Diante dessa exigência, muitos bacharéis em direito começaram a se insurgir, e alguns conseguiram decisões judiciais favoráveis, afastando a exigência do Exame de Ordem, sob o fundamento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão (art. 5º, XIII, da CF/1988).

Em 2009, os Ministros do STF decidiram haver repercussão geral no RE 603.583, que questionava a obrigatoriedade do Exame da OAB para que bacharéis em Direito pudessem exercer a advocacia.

Conforme se observa no site do STF, basicamente, o recorrente alegava, em referido RE, "... ofensa aos art. 1º, II, III e IV, art. 3º, I, II, III e IV, art. 5º, II e XIII, art. 84, IV, art. 170, art. 193, art. 205, art. 207, art. 209, II e art. 214, IV e V, da CF/1988. Inicialmente, afirmava não haver pronunciamento do STF quanto à constitucionalidade do Exame de Ordem. Sustentava, em síntese: 1) caber apenas às instituições de ensino superior certificar se o bacharel é apto para exercer as profissões da área jurídica; 2) que a sujeição dos bacharéis ao referido exame viola o direito à vida e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do livre exercício das profissões, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem assim que representa censura prévia ao exercício profissional".

Em 2011, contudo, o STF, por unanimidade, julgou constitucional referida exigência.

Nos termos da linha de argumentação, o PGR declarou que ""a liberdade profissional não confere um direito subjetivo ao efetivo exercício de determinada profissão, podendo a Lei exigir qualificações e impor condições para o exercício profissional", ressaltou. De acordo com o Procurador-Geral, "no caso da advocacia, diante da essencialidade da atividade do advogado para a própria prestação jurisdicional, parece muito consistente a opção do Poder Legislativo no sentido de estabelecer a aprovação do Exame de Ordem como condição para o exercício profissional"" (Notícias STF, 2011).

Assim, parece razoável, segundo o STF, o preenchimento da referida exigência normativa, até porque, nos termos do art. 22, XVI, da CF/1988, compete privativamente à União legislar sobre as condições para o exercício das profissões.

Dessa forma, temos de reconhecer que o Exame de Ordem surge como um verdadeiro "concurso", nos mesmos moldes e dificuldades dos concursos públicos em geral e prestados pelos bacharéis em direito.

Por mais que pareça estranho dizer, diante da opção política do legislador que entendeu necessário o Exame de Ordem, não há dúvida de que referida decisão do STF caracteriza-se como vitória para os bacharéis em direito, além, é claro, de uma conquista da sociedade.

Isso porque a formação do estudante de Direito terá de ser extremamente séria, devendo o aluno se preparar durante os 5 anos de sua graduação.

Indiscutivelmente, as universidades passarão a ser mais cobradas e deverão entregar um serviço de melhor qualidade, adequado e suficiente para que o exame seja enfrentado e superado.

As faculdades que não conseguirem aprovar terão de rever as suas metodologias e aprimorar a formação dos seus alunos.

A decisão do STF, sem dúvida e insistimos, pode ser definida como inegável vitória dos bacharéis em Direito, que deverão receber um ensino adequado e suficiente para o exercício, com autonomia e segurança, da nobre função de advogado, indispensável para a administração da justiça (art. 133, da CF/1988).

Parece, ainda, razoável a ponderação do Min. Fux no sentido de aperfeiçoamento do Exame, abrindo-o para outros segmentos da sociedade, até porque os concursos em geral têm a participação de outros órgãos ou entidades que exercem importante fiscalização.

Nessa linha, bem-vinda a proposta do PL 1.284/2011-CD, que determina a obrigatoriedade de participação ativa de representantes do Ministério Público Federal e Estadual, da Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e de representantes de entidade representativa de bacharéis em todas as fases de elaboração, aplicação e correção das provas do Exame de Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil.

Bacharéis comemorem... A advocacia acaba de ser valorizada...

12.4.1.6 Súmula Vinculante 5/2008 – STF x Súmula 343/2007 – STJ

Vamos analisar, inicialmente, a redação de cada uma das súmulas que, como se verá, estão em contradição, devendo, naturalmente, prevalecer o entendimento firmado na SV 5/2008 – STF:

SÚMULA VINCULANTE 5 – STF	**SÚMULA 343 – STJ**
A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Aprovação: Sessão Plenária de 2008.	É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar Julgamento: 3ª Seção, em 2007

O que o STF firmou não é que a falta de defesa não ofende a Constituição, mas que a falta de defesa técnica, por advogado, não ofende a Constituição, no processo administrativo disciplinar.

Dessa forma, fica a critério do servidor, no processo administrativo, contratar ou não advogado para a sua defesa, lembrando que a decisão administrativa poderá ser revista pelo Poder Judiciário.

De fato, muito embora essa possibilidade de revisão judicial, temos questionado o acerto da referida súmula vinculante, especialmente nas situações específicas de sanção disciplinar, considerando a prescrição do art. 5º, LV, da CF/1988, que assegura aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, esta, certamente, com o seu desmembramento da noção de defesa técnica.

Tendo em vista que a SV 5 foi editada no ano de 2008, 3 anos depois, o Conselho Federal da OAB instaurou no STF proposta de cancelamento da referida súmula vinculante (PSV 58). Em 2016, a Corte, por 6 x 5, rejeitou tal proposta de cancelamento – e observem o placar extremamente apertado, lembrando a necessidade de no mínimo 8 (2/3 dos Ministros) para o cancelamento do verbete.

Assim, mantida a SV 5, temos que reconhecer que a interpretação estabelecida pelo STJ está superada, devendo haver o cancelamento da S 343/2007-STJ.

12.4.1.7 Súmula Vinculante 47/2015

Conforme vimos ao tratar sobre o tema "precatórios" (item 11.12), o STF estabeleceu que a definição, prevista na Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia não é exaustiva (RE 470.407, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2006, 1ª T.).

Como exemplo, destacamos o art. 85, § 14, do CPC (Lei nº 13.105/2015) ao prescrever que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Esse entendimento está consagrado na SV 47/2015 (DJE de 2015), nos seguintes termos: "os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza".

CUIDADO: um alerta deve ser feito em relação a esse tema. A SV 47 fala em "honorários advocatícios incluídos na condenação". Assim, o STF tem alguns julgados fazendo a distinção entre honorários de sucumbência (em razão da condenação) e honorários contratuais, que, com natureza distinta, decorreriam de negócio jurídico firmado entre as partes e não de condenação judicial.

Esse tema ainda precisa ser analisado pelo pleno do STF (pendente o enfrentamento específico), mas já existem algumas decisões em reclamação constitucional no sentido de

não se admitir o tratamento destacado dos honorários contratuais (que não se confundem com os honorários incluídos na condenação), determinando a sua integração à requisição de pagamento com o valor da dívida e, dessa forma, não se permitindo o fracionamento da execução.[70]

12.5 Defensoria Pública[71]

12.5.1 "Ondas renovatórias" (4ª e 5ª ondas?). Global Access to Justice Project

Cappelletti e Garth produziram interessante ensaio para o Projeto de Florença, buscando "... delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas" de acesso à "ordem jurídica justa" (Kazuo Watanabe).[72]

No referido estudo, os autores observam que o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do acesso efetivo à justiça, nos países do Ocidente, está sedimentado em 3 grandes ondas renovatórias, cada qual, do seu modo, tentando solucionar a problemática de acesso à ordem jurídica justa.

Conforme os autores, e retomaremos a análise no item 14.10.21 deste estudo, a primeira grande onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A segunda referia-se às "... reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor". O terceiro movimento ou onda foi pelos autores chamado de "enfoque de acesso à justiça", reproduzindo e buscando as experiências anteriores, mas indo além, tentando "... atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[73]

Podemos afirmar, portanto, que o estudo da defensoria pública e da garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita encontra fundamento, em um primeiro momento, na perspectiva da primeira onda renovatória de Cappelletti e Garth. A evolução do papel desempenhado pela instituição, sem dúvida, passa pelos novos movimentos de superação dos obstáculos de acesso à denominada ordem jurídica justa, especialmente com o reconhecimento da legitimação ativa para a propositura da ação civil

---

[70] Cf. Rcl 26.243, Rel. Min. Edson Fachin, j. 2017, monocrático, DJE de 2017. Cf., também, concessão de medida acauteladora pela Min. Rosa Weber na Rcl 26.241, j. 2017 (pendente o julgamento de mérito).

[71] Este estudo sobre a Defensoria Pública teve por base o nosso trabalho "Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da defensoria pública na reforma do judiciário", in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

[72] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à justiça*. Em outro estudo, Cappelletti também discorre sobre as 3 ondas renovatórias (cf. CAPPELLETTI, Mauro: *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*).

[73] CAPPELLETTI, Mauro: *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*.

pública e a interessante perspectiva da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, conforme estudaremos a seguir.

Novas perspectivas surgem, propondo alguns autores a 4ª e a 5ª ondas. Destacam-se as contribuições que serão trazidas pelo Global Access to Justice Project, que tem o objetivo de "identificar, mapear e analisar essas tendências emergentes, realizando uma nova pesquisa global" que se "revela oportuna e eclética, adotando uma abordagem teórica e geográfica abrangente no mapeamento e estudo do diversificado movimento mundial de acesso à justiça na África, Ásia, Oriente Médio, América Latina, América do Norte, Europa e Oceania" (cf.: http://www.globalaccesstojustice.com).

12.5.2 Assistência jurídica integral e gratuita – Aspectos gerais e evolução constitucional. Acesso à justiça como elemento instrumental de concretização do mínimo existencial (Barcellos)

Luís Roberto Barroso, ao apresentar a dissertação de mestrado de Ana Paula de Barcellos, sintetiza as conclusões da autora em relação à dignidade da pessoa humana: "a) os princípios, a despeito de sua indeterminação, possuem sempre um conteúdo básico; b) no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial, conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade; c) tal mínimo existencial deve ser dotado de eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é as prestações que o compõem poderão ser exigidas de forma direta, mediante tutela específica".[74]

Barcellos, nesse sentido, em sede conclusiva de seu trabalho, apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a Constituição de 1988 e os aspectos práticos decorrentes da eficácia jurídica mencionada, identificando 4 elementos a integrar "uma estrutura lógica e de fácil demonstração", sendo "... três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário".[75]

O elemento instrumental é o que nos interessa em termos específicos de acesso à justiça e no contexto do estudo da Defensoria Pública, destacando-se o seu papel e a sua evolução constitucional, intimamente atrelados à evolução do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, instrumento de concretização do mínimo existencial.

---

[74] BARCELLOS, Ana Paula de: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*.
[75] *Ibid.*

Nesse sentido, o art. 5º, LXXIV, da CF/1988, dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No Brasil, a assistência judiciária só adquiriu status de garantia constitucional expressa a partir do art. 113, nº 32, da CF/1934, com a seguinte redação: "a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos".

Tal direito e garantia individual foi, porém, retirado do texto de 1937, reaparecendo na art. 141, § 35, da CF/1946: "o poder público, na forma que a Lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados", bem como no art. 150, § 32 da CF/1967, e no art. 153, § 32, da EC nº 1/1969: "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma, da lei".

Finalmente, conforme já indicado, a regra é aprimorada pelo art. 5º, LXXIV, da CF/1988, e, acompanhando essa evolução do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, de maneira bastante importante, o texto de 1988 consagra, pela primeira vez em sede constitucional, a instituição da Defensoria Pública alocando-a como uma das funções essenciais à Justiça.[76]

Confrontando os textos, percebe-se uma clara e importante distinção terminológica entre a assistência judiciária prevista nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e EC nº 1/1969 e a atual prescrição, esta muito mais ampla, da garantia de assistência jurídica integral e gratuita.

De acordo com a observação de Barbosa Moreira, "a grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo "judiciário", mas passa a compreender tudo que seja "jurídico". A mudança do adjetivo qualificador da "assistência", reforçada pelo acréscimo "integral", importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos".[77]

---

[76] Conforme observou Jorge Bheron Rocha em interessante trabalho sobre a evolução normativa da Defensoria Pública, "no Brasil, intentando fazer cumprir o objetivo de redução das desigualdades e erradicação da pobreza (art. 3º, III, CF/1988), garantindo, a todos, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/1988), como forma de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/1988), independente de origem, cor, raça, posição social, gênero ou orientação sexual, convicção filosófica, política ou religiosa, idade, entre outros (art. 3º, IV, CF/1988), é que o constituinte originário erigiu em favor dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/1988) uma Instituição especialmente dedicada à sua orientação, defesa e promoção jurídicas: a Defensoria Pública (art. 134, caput, CF/1988)" (ROCHA, Jorge Bheron: *O histórico do arcabouço normativo da defensoria pública*).

[77] MOREIRA, Josó Carlos Barbosa: *O direito à assistência jurídica.*

12.5.3 Regras gerais e abrangência da Defensoria Pública

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente (competência concorrente) sobre assistência jurídica e defensoria pública (art. 24, XIII, da CF/1988). Isso significa que a União legislará sobre normas gerais e os Estados, bem como o Distrito Federal, sobre regras específicas.

Nos termos do art. 134, § 1º, da CF/1988, (antigo parágrafo único renumerado pela EC nº 45/2004), Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais (art. 24, XIII, da CF/1988) para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Por seu turno, o art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988 prevê serem de iniciativa exclusiva do Presidente da República (portanto indelegável) as leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Devemos analisar essa previsão expressa com a introdução do art. 134, § 4º, da CF/1988, pela EC nº 80/2014, que determina a aplicação, no que couber, do art. 93 e do art. 96, II, da CF/1988.

Este tema será enfrentado pelo STF. Há proposta doutrinária no sentido do total afastamento da iniciativa exclusiva do Presidente da República em razão do advento, da EC nº 80/2014, que teria, segundo sustentado, derrogado, tacitamente, nesse ponto, o art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988.[78]

Muito embora bastante interessante a tese apresentada no parecer de Sarmento, temos certa dificuldade em admitir a revogação do art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988, até porque o art. 134, § 4º, da CF/1988, manda aplicar o art. 93, da CF/1988, "no que couber", nada dizendo sobre o art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988.

Também não entendemos possível a iniciativa do Defensor Público-Geral Federal, conforme sustenta o professor, para edição de normas gerais para as defensorias estaduais e do Distrito Federal, em razão da autonomia assegurada às Defensorias pelas reformas constitucionais.

Nesse sentido, Caio Paiva também manifesta crítica a esse ponto do parecer, qual seja, "a possibilidade de o Defensor Público-Geral Federal, que não tem qualquer vínculo administrativo nem ascendência hierárquica com as Defensorias dos estados e do Distrito

---

[78] Cf. SARMENTO, Daniel: *Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União.*

Federal, iniciar processo legislativo com o objetivo de alterar as normas gerais, da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/1994)".[79]

Pensamos que a aplicação analógica do art. 128, § 5º, da CF/1988, que fala em concorrência entre o Chefe do Poder Executivo e o Chefe da carreira, poderia ser uma solução interessante, especialmente diante dessa perspectiva de aproximação entre a Defensoria Pública e o Ministério Público em razão, da EC nº 80/2014. A proposta de concorrência seria para as regras específicas de cada Defensoria, mas, no tocante às normas gerais para tratar sobre a sua organização nos Estados e no Distrito Federal, pelos motivos expostos, não se poderia admitir a iniciativa do Defensor Público-Geral Federal, ficando, nesse ponto específico, até eventual modificação da Constituição, ainda nas mãos do Presidente da República a iniciativa do projeto de Lei Complementar. Vejamos:

• Lei Complementar federal organizando a Defensoria Pública da União ("normas específicas sobre a DPU"): iniciativa concorrente ou compartilhada entre o Defensor Público-Geral Federal e o Presidente da República (art. 61, § 1º, II, "d", art. 134, § 1º, da CF/1988, e aplicação analógica, por força, da EC nº 80/2014, do art. 128, § 5º, da CF/1988);[80]

• Lei Complementar federal organizando a Defensoria Pública dos Territórios Federais: iniciativa concorrente ou compartilhada entre o Presidente da República e o Defensor Público-Geral Federal (art. 21, XIII, art. 61, § 1º, II, "d", art. 134, § 1º, da CF/1988, e aplicação analógica, por força, da EC nº 80/2014, do art. 128, § 5º, da CF/1988);

• Lei Complementar nacional estabelecendo as disposições gerais a todas as Defensorias, bem como as normas gerais para organização da Defensoria Pública nos Estados e no Distrito Federal: iniciativa reservada do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, "d", e art. 134, § 1º, da CF/1988);

• Lei Complementar estadual dispondo sobre matérias institucionais em relação à Defensoria Pública Estadual: iniciativa concorrente ou compartilhada entre o Governador de Estado e o Defensor Público-Geral Estadual (art. 134, § 1º, § 2º e § 4º, e, por simetria, o art. 61, § 1º, II, "d", c/c o art. 128, § 5º, da CF/1988);

---

[79] Conforme afirma Caio Paiva, "para contornar este impasse, entendo que um projeto de Lei assinado por todos os defensores públicos-gerais possa ser apresentado diretamente no Congresso Nacional para alterar normas gerais aplicáveis a todas as defensorias públicas, configurando aqui, portanto, uma espécie de legitimidade privativa coletiva, para a qual o Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege) pode exercer importante atividade de coordenação" (PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo: *EC nº 80/2014 dá novo perfil constitucional à defensoria pública*).

[80] Nesse nosso mesmo sentido, apesar de divergências doutrinárias apresentadas por outros autores, também sustentam Diogo Esteves e Franklyn Silva: "entendemos que a EC nº 80/2014 não é capaz de alterar (revogar) a realidade até então consubstanciada no art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988, que confere ao Presidente da República a iniciativa de leis referentes à organização da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. O conteúdo normativo do caput do art. 93 da Constituição Federal não possui equivalência total com o regime da Defensoria Pública, não podendo ele ser plenamente adaptado por meio da norma de extensão da parte final do art. 134, § 4º, da CF/1988, já que sua incidência só ocorre "no que couber"" (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da defensoria pública*).

• Lei Complementar distrital dispondo sobre matérias institucionais em relação à Defensoria Pública do Distrito Federal: iniciativa concorrente ou compartilhada entre o Governador do Distrito Federal e o Defensor Público-Geral do Distrito Federal (art. 134, § 1º ao § 4º, e, por simetria, o art. 61, § 1º, II, "d", c/c o art. 128, § 5º, da CF/1988. Lembramos que a EC nº 69/2012 transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal);

• normas relacionadas à aplicação, no que couber, das matérias do art. 96, II, da CF/1988: trata-se de Lei Ordinária dispondo sobre a criação e a extinção de cargos, remuneração dos seus serviços auxiliares e dos órgãos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio dos Defensores Públicos, devendo ser a iniciativa do projeto de Lei reservada aos Defensores Públicos-Gerais de cada Defensoria Pública, no seu âmbito federativo (art. 134, § 4º, da CF/1988).

O tema em análise está em discussão no STF e a tese lançada pelo PGR na petição inicial da ADI 5.662 (pendente) traz solução interessante e nos termos do que sustentamos. Vejamos: "o art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988, embora reserve ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União e normas gerais para organização da Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, não exclui a iniciativa privativa dos defensores públicos gerais para leis que disponham sobre organização, atribuição e estatuto correspondente, observado o regramento geral definido pela Lei nacional de normas gerais da defensoria pública (da LC nº 80/1994). Não há contradição entre o art. 61, § 1º, II, "d", da CF/1988, com a iniciativa privativa das defensorias públicas estaduais para leis que disponham sobre matérias institucionais (art. 134, § 1º, § 2º e § 4º, da CF/1988), à semelhança do Ministério Público. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a Lei nacional de normas gerais de organização da defensoria pública dos estados e do Distrito Federal, incumbindo aos defensores públicos gerais a das leis que minudenciarão organização, atribuições e estatuto das defensorias públicas dos estados" (petição inicial ajuizada em 2017).

Avançando o estudo sobre as regras gerais, o art. 48, IX, da CF/1988, por sua vez, determina que o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disporá sobre a organização administrativa e judiciária da Defensoria Pública da União e dos Territórios (redação dada pela EC nº 69/2012).

Não podemos nos esquecer dos art. 21, XIII, e art. 22, XVII, da CF/1988, ambos também com a redação dada pela EC nº 69/2012, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a sua Defensoria Pública.

A EC nº 74/2013 explicitou a autonomia da Defensoria Pública do DF (que já havia sido estabelecida no art. 2º, da EC nº 69/2012) e, inovando, assegurou a autonomia para a Defensoria Pública da União.

Por sua vez, a EC nº 80/2014 alterou drasticamente as regras sobre a Defensoria Pública elevando-a, como se verá melhor a seguir (cf. item 12.5.6), à condição de carreira totalmente desvinculada das demais indicadas na Constituição como funções essenciais à Justiça.

Destacamos, ainda, a LC nº 80/1994 (alterada pela LC nº 98/1999 e pela LC nº 132/2009, devendo ser interpretada à luz, da EC nº 69/2012),[81] que organiza a Defensoria Pública da União e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a sua organização nos Estados e no Distrito Federal, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.[82]

A teor do art. 2º da LC nº 80/1994, a Defensoria Pública abrange, procurando harmonizar-se[83] com as novidades introduzidas pela EC nº 69/2012 (que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal):

- Defensoria Pública da União;
- Defensoria Pública dos Territórios;
- Defensoria Pública dos Estados;
- Defensoria Pública do Distrito Federal.

O art. 14 da LC nº 80/1994 estabelece que a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

Assim, percebe-se que nos Estados teremos tanto a Defensoria Pública da União (restringindo a sua atuação nos graus e instâncias administrativas federais) como a dos Estados. No âmbito do Distrito Federal, também a Defensoria Pública da União e a do Distrito Federal, organizada e mantida pelo próprio Distrito Federal, bem como, nos Territórios, a da

---

[81] Para aqueles que forem prestar o concurso de Defensor, indispensável a sua leitura. Os concursos específicos exigem o conhecimento das regras lá contidas. Outrossim, aqueles que forem prestar concurso para Defensorias Estaduais, deverão ter conhecimento das leis complementares de cada Estado, bem como, da Lei Complementar do Distrito Federal. Muito embora a LC nº 80/1994 estabeleça a organização da Defensoria Pública do DF, devemos interpretar essa disposição à luz, da EC nº 69/2012, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. Nesse sentido, o art. 2º, da EC nº 69/2012: "sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados". Portanto, devemos entender, a partir, da EC nº 69/2012, que a Lei complementar nacional estabelece as normas gerais não apenas para os Estados, como também para a Defensoria Pública do Distrito Federal

[82] Destacamos a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, pioneira no Brasil e na América Latina (1954). Em seguida, a do Rio Grande do Sul (1968) e Mato Grosso do Sul (1982), sendo que, após a EC nº 45/2004, os Estados estão paulatinamente implantando as suas defensorias e, com isso, fortalecendo a carreira.

[83] Conforme o art. 3º, da EC nº 69/2012, o Congresso Nacional e a Câmara Legislativa do Distrito Federal, imediatamente após a promulgação da referida emenda e de acordo com suas competências, instalarão comissões especiais destinadas a elaborar, em 60 dias, os projetos de Lei necessários à adequação da legislação infraconstitucional à matéria nela tratada.

União, além da dos Territórios (quando criados), organizada e mantida, contudo, neste último caso, pela União (art. 21, XIII, e 22, XVII, da CF/1988, introduzido pela EC nº 69/2012).

Finalmente, devemos fazer uma importante pergunta: existe Defensoria Pública municipal? Não.

Assim como não há MP e Judiciário municipais, não se admite, nos termos da Constituição, a criação de uma Defensoria Pública municipal. Na verdade, existem núcleos da Defensoria Pública, tanto a Federal como a Estadual, nos Municípios.[84]

12.5.4 O fortalecimento da Defensoria Pública pela EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), bem como pelas EC nº 69/2012 e EC nº 74/2013: Autonomia funcional, administrativa e financeira

A EC nº 45/2004 fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais ao constitucionalizar a autonomia funcional e administrativa e fixar competência para proposta orçamentária, inserindo o art. 134, § 2º, da CF/1988: "às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/1988".

O então Senador Bernardo Cabral, primeiro relator da Reforma, em seu parecer observou que "a atribuição da autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, e o poder de iniciativa de sua proposta orçamentária, conferirá a essas instituições uma importante desvinculação do Poder Executivo, com o qual não guardam qualquer relação de afinidade institucional, além de propiciar um fortalecimento da instituição e da consequente atuação institucional".

Referida autonomia financeira é consolidada pela nova regra do art. 168, da CF/1988,[85] na medida em que, conforme também observou Bernardo Cabral, passa a existir "... previsão de repasse direto do duodécimo orçamentário até o dia 20 de cada mês. A negativa desse repasse configura descumprimento de ordem constitucional e, portanto, crime de responsabilidade, pela letra do art. 85, da CF/1988".

---

[84] Alertamos que tramita no STF a ADPF 279, tendo por objeto leis do município de Diadema (SP) que tratam da prestação do serviço de assistência jurídica e da Defensoria Pública (pendente). Em sede doutrinária, refutando a possibilidade de criação de defensorias municipais e analisando o referido caso concreto, cf. MAIA, Maurilio Casas: *O modelo constitucional de assistência jurídica (defensoria pública) e o sistema federativo: Defensorias municipais? O caso da ADPF 279.*

[85] "Art. 168, da CF/1988: Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma, da Lei Complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da CF/1988." (original sem grifos).

Partindo da incontestável premissa da autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, além da iniciativa de sua proposta orçamentária, o STF, no julgamento da ADPF 339, estabeleceu a seguinte tese: "é dever constitucional do Poder Executivo o repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CF/1988), da integralidade dos recursos orçamentários destinados a outros Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme previsão da respectiva Lei Orçamentária Anual" (Rel. Min. Fux, j. 2016, DJE de 2016).

Um alerta, contudo, em relação a essa evolução, deve ser feito: o constituinte reformador se "esqueceu" de fixar as referidas regras para as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. Essa situação seria corrigida pela "PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário", que, "atrasada", ainda tramita.

A EC nº 69/2012, por sua vez, com atraso de quase 8 anos (já que o assunto deveria ter sido introduzido pela Reforma do Judiciário), finalmente, transferiu, agora formal e oficialmente, da União para o Distrito Federal, as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do DF.

Anteriormente, segundo o art. 21, XIII, da CF/1988, em sua redação original, a Defensoria Pública do DF era organizada e mantida pela União, assim como ainda acontece com o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Civil, a polícia penal (EC nº 104/2019), a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (art. 21, XIV, da CF/1988).

No tocante à Defensoria Pública do DF, todavia, na prática, essa situação nunca se observou. Ou seja, a União, até o advento, da EC nº 69/2012, não tinha, ainda, criado a Defensoria Pública do DF.

O serviço de assistência judiciária era exemplarmente prestado pelo Centro de Assistência Judiciária do Distrito Federal (CEAJUR-DF), criado, em 1987, pelo Governo do Distrito Federal.

Dessa forma, a EC nº 69/2012 corrige a distorção de manter o órgão de assistência sob a organização da União para adequar-se à situação prática que já se observava e, assim, fortalecer a Defensoria Pública do DF.

Nesse sentido, o art. 2º, da EC nº 69/2012 estatui que, sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados.

Portanto, também à Defensoria Pública do Distrito Federal são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites previstos na Lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/1988.

Toda essa evolução está consagrada na EC nº 74/2013, que acrescenta o art. 134, § 3º, da CF/1988, para deixar claro que às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal aplica-se o disposto no art. 134, § 2º, da CF/1988, ou seja, a já citada autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de proposta orçamentária, inicialmente asseguradas para a Defensoria Pública Estadual.

Pois bem, diante do incontestável reconhecimento de autonomia funcional, administrativa e financeira da defensoria pública estadual, do DF e da União (EC nº 45/2004, EC nº 69/2012 e EC nº 74/2013), não se admite a sua vinculação a quaisquer dos Poderes. Assim, estabelecer que a defensoria pública é integrante do Poder Executivo, ou subordinada ao Governador de Estado, ou integrante de determinada Secretaria do governo, tudo isso afronta a Constituição. Vejamos:

"EMENTA: A EC nº 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º, da CF/1988): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da CF/1988 pela EC nº 45/2004 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos" (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007. No mesmo sentido: ADI 4.056, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2012, Plenário; ADI 3.965, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2012, Plenário).

Nesse sentido da autonomia constitucional da Defensoria, o STF vem nulificando expressões de leis estaduais que submetam a Defensoria Pública a atos do governador, por ofensa aos art. 24, XIII e § 1º, e 134, da CF/1988, ou medidas que lhe retirem a autonomia, como a redução unilateral pelo Poder Executivo do orçamento proposto dentro das regras constitucionais, ou a ausência de repasse de duodécimos orçamentários, ou, ainda, a ausência de participação da Defensoria no processo de formulação de Lei orçamentária (cf. ADI 5.286, ADI 5.287, ADPF 339 e ADI 5.381, j. 2016).

12.5.5 Autonomia da Defensoria Pública da União – DPU. Constitucionalidade, da EC nº 74/2013. A pretensão formulada na ADI 5.296 mostra-se totalmente infundada

Conforme já pudemos observar, a EC nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) estabeleceu as autonomias funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias apenas em relação às Defensorias Públicas Estaduais.

Inegavelmente, dado o caráter nacional e uno da instituição, organizada em cada ente federativo à luz da simetria, bem como a necessidade de se estabelecer um tratamento isonômico entre as defensorias nos âmbitos federal, estadual e distrital, houve um grave erro cometido pelo constituinte reformador ao tratar, na EC nº 45/2004, apenas da Defensoria Pública Estadual.

Na busca de sua correção, algumas medidas foram implementadas: a) nova proposta de emenda durante a votação da Reforma do Judiciário, corrigindo a imperfeição; b) ajuizamento da ADI 4.282 (pela Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU), com o pedido de interpretação conforme a Constituição para se reconhecer a autonomia da Defensoria como um todo, e não apenas a estadual; c) em momento seguinte, de modo mais efetivo, a aprovação de emendas constitucionais.

Como se sabe, e na ordem apresentada, a primeira tentativa de correção do "erro" foi a apresentação, pelo Senado Federal, da PEC 29-A, já aprovada naquela Casa e que, ainda, tramita na Câmara dos Deputados desde o ano de 2005 (como PEC 358), conhecida como PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário e que fixa, de modo natural e correto, a autonomia para as Defensorias Públicas do DF e da União.

Diante da brutal demora em se aprovar o texto, bem como da inexistência de julgamento da citada ADI 4.282, novas propostas de emendas à Constituição, tratando o tema de modo isolado, foram aprovadas, destacando-se a EC nº 69/2012, que deu autonomia para a Defensoria Pública do DF e a EC nº 74/2013, que fixou, em igual amplitude, autonomia para a Defensoria Pública da União.

Inusitadamente, em 2015, portanto quase 2 anos após a promulgação, da EC nº 74/2013 (que se deu em 2013), e com infundado pedido de liminar, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, ajuizou a ADI 5.296, requerendo fosse declarada a inconstitucionalidade da emenda, com fundamento em dois esdrúxulos argumentos: a) vício formal por suposta violação à regra da iniciativa reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988 – iniciativa para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União); b) por consequência, violação à cláusula pétrea da separação de poderes (art. 60, § 4º, III, da CF/1988).

Inegavelmente, com o máximo respeito, os argumentos são totalmente insustentáveis.

Em primeiro lugar, conforme já tivemos a oportunidade de estabelecer ao analisar a EC nº 73/2013, que criou os Tribunais Regionais Federais das 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, introduzindo o art. 27, § 11, do ADCT (item 9.13.3.3.3), em discussão na ADI 5.017 (pendente), não se pode fazer qualquer relação entre o princípio da simetria a ser observado nos âmbitos estadual, distrital e municipal, com a manifestação do poder constituinte derivado reformador a alterar a Constituição Federal.

As matérias de iniciativa reservada estabelecidas para o Presidente da República, por simetria, devem ser observadas pelos demais Chefes do Poder Executivo, mas não em relação ao processo de reforma da Constituição da República.

De fato, conforme consolidou o STF, para esses temas previstos no art. 61, § 1º, II, da CF/1988, nem mesmo a emenda à Constituição Estadual poderia servir como mecanismo para "driblar" a previsão da iniciativa reservada ao Governador de Estado (nesse sentido, cf. o voto do Min. Marco Aurélio na ADI 3.930).

Também pudemos expor que essa regra veio a ser flexibilizada pelo STF no sentido de não haver a exigência de se observar a regra da iniciativa reservada quando estivermos diante da manifestação do poder constituinte derivado decorrente inicial, ou seja, aquele que elabora a Constituição do Estado ou a Lei Orgânica do DF pela primeira vez (cf. ADI 2.581, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. 2007, Plenário, DJE de 2008. No mesmo sentido: ADI 1.167, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2015 – cf. item 9.13.3.3.10).

Dessa forma, o STF apenas enfrentou a questão envolvendo a legislação estadual (e, em outros julgados, legislações municipais) e as emendas introduzidas no plano estadual para a alteração da Constituição Estadual (nesse sentido, todos os precedentes citados na ADI 5.296, a saber: ADI 3.930, ADI 2.966, ADI 1.381, ADI 3.295, ADI 4.154, ADI 2.420 e ADI 637).

O dever de se observar simetricamente as regras estabelecidas no art. 61, § 1º, II, da CF/1988, decorre da disposição contida no art. 25, caput, da CF/1988, ao prever que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal (no mesmo sentido, no âmbito do Distrito Federal, conforme art. 32, § 3º, da CF/1988, bem como para os Municípios, em razão do art. 29, caput, da CF/1988).

Assim, no momento do ajuizamento da referida ADI 5.296 (2015), não havia nenhum precedente da Corte que tivesse reconhecido o sugerido vício formal subjetivo de inconstitucionalidade para as hipóteses de emendas à Constituição Federal que veiculam matérias de iniciativa reservada ao Presidente da República. Aliás, a pretensão formulada, inegavelmente, está destituída de fundamento, mostra-se infundada, viola a regra expressa do art. 60, I, da CF/1988, além de alterar a verdade dos fatos, no caso, como se disse, a jurisprudência do STF que, ao contrário do afirmado na petição inicial, não tem nenhuma relação com a hipótese, da EC nº 74/2013, sem contar o retrocesso em termos da efetiva proteção aos necessitados.

Em relação à manifestação do poder constituinte derivado reformador, conforme já estudamos, novamente exemplificando, a EC nº 45/2004, que criou o CNJ (apesar de não ser tribunal inferior, é órgão do Poder Judiciário – art. 92, I-A, da CF/1988), bem como extinguiu os tribunais de alçada, não foi nulificada pelo STF. Ainda, a EC nº 24/1999, que

pôs fim aos juízes classistas, também não foi declarada inconstitucional pela Corte. Aliás, em nenhum momento houve qualquer discussão sobre esse aspecto (vício formal) em relação à EC nº 45/2004, também de iniciativa parlamentar, ao estabelecer a autonomia da defensoria pública estadual.

O poder constituinte originário fixou os legitimados para reforma da Constituição, indicados no art. 60, I ao III, da CF/1988 (iniciativa concorrente, e não exclusiva do Presidente da República), bem como os limites materiais fixados nas cláusulas pétreas, não se podendo criar outros limites que não esses explicitados. Como se disse e sustentamos, o art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988, não está direcionado às emendas constitucionais no plano federal.

Consequentemente, não teria sentido o argumento de violação à cláusula pétrea da separação de poderes.

E mais, estabelecer outras restrições significaria impedir a atualização do texto no contexto da evolução social e, assim, "petrificar" a Constituição, oficializando uma nefasta ditadura de um exclusivo legitimado (no caso, o Presidente da República) para os temas ali previstos no art. 61, § 1º, II, da CF/1988.

Além de toda essa argumentação, que já seria suficiente para total improcedência da ADI 5.296, a reforma introduzida pela EC nº 74/2013 não tem nada a ver com "servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria" (art. 61, § 1º, II, "c", da CF/1988). A previsão da autonomia da Defensoria Pública da União vem ao encontro da realização do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa e do tratamento nacional e uno da instituição, dentro de uma perspectiva de isonomia e de concretização de direitos fundamentais.

Diante do incontestável reconhecimento de autonomia funcional, administrativa e financeira da defensoria pública estadual, do Distrito Federal e da União (EC nº 45/2004, EC nº 69/2012 e EC nº 74/2013), não se admite a sua vinculação a quaisquer dos Poderes (as disposições são de eficácia plena e aplicabilidade imediata). Estabelecer que a defensoria pública é integrante ou subordinada ao Poder Executivo, diante das regras introduzidas, significa afrontar a Constituição e regredir em termos do direito fundamental de proteção aos necessitados.

Devemos, então, aguardar a posição do STF no julgamento dessa relevante questão esperando que não se reconheçam os argumentos lançados na ADI que, sem dúvida, não só são destituídos de fundamentos (insubsistentes), como estão na contramão dos documentos internacionais, por exemplo, a Res. nº 2.821/2014-OEA, que recomenda aos Estados a concessão, aos defensores públicos, de independência e autonomia funcional, financeira

e/ou orçamentária e técnica (item 5), como destacado por Daniel Sarmento em bem fundamentado parecer dado no sentido da constitucionalidade, da EC nº 74/2013.[86]

Em 2016, o STF, por 9 X 2, indeferiu o pedido de medida cautelar, nos termos do voto da Relatora (DJE de 2016). Aguarda-se o julgamento de mérito (pendente).

12.5.6 As profundas alterações introduzidas pela EC nº 80/2014

12.5.6.1 Visão topológica

Partindo das prescrições estabelecidas pelas EC nº 45/2004, EC nº 69/2012 e EC nº 74/2013, podemos dizer que a EC nº 80/2014 introduziu profundas alterações em relação à Defensoria Pública, trazendo avanços extraordinários e a consolidação de seu reconhecimento constitucional como "metagarantia".[87] A prestação de assistência aos necessitados e vulneráveis não deve ser vista como "favor", mas direito da sociedade e dever do Estado.

O mais importante, nos parece, diz respeito à sua previsão "topológica", no Título IV, Capítulo IV, da CF/1988, agora em seção separada própria e exclusiva. Antes, da EC nº 80/2014, a Defensoria Pública estava alocada na mesma sessão da Advocacia, conforme se observa abaixo:

REDAÇÃO ORIGINAL (CF/1988)	**REDAÇÃO DADA PELA EC nº 80/2014**
TÍTULO IV	TÍTULO IV
CAPÍTULO IV – Das funções essenciais à Justiça Seção	CAPÍTULO IV – Das funções essenciais à Justiça Seção
I – Do Ministério Público Seção	I – Do Ministério Público Seção
II – Da Advocacia Pública Seção	II – Da Advocacia Pública Seção
III – Da Advocacia e da Defensoria Pública	III – Da Advocacia Seção
	IV – Da Defensoria Pública

Podemos dizer, então, que, a partir do advento, da EC nº 80/2014, quatro passam a ser as funções essenciais à Justiça, com regras próprias e muito bem delimitadas, o que, então, permite-nos afirmar que a Defensoria Pública está, agora, do ponto de vista institucional, desvinculada da Advocacia.

12.5.6.2 Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado

[86] Para leitura do relevante trabalho de Sarmento, cf. SARMENTO, Daniel: *Autonomia da DPU e limites ao poder de reforma da constituição.*

[87] BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira: *Defensoria pública [recurso eletrônico]*.

De acordo com o art. 134, caput, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 80/2014, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/1988, de forma integral e gratuita, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente e em prol dos necessitados:

- a orientação jurídica;
- a promoção dos direitos humanos;
- a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos.

12.5.6.3 Princípios institucionais da Defensoria Pública

De acordo com o art. 134, § 4º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 80/2014, constitucionalizando o que já constava do art. 3º, da LC nº 80/1994, são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, e aqui a importante novidade, o disposto no art. 93 e art. 96, II, da CF/1988.

Essa nova previsão tem redação idêntica àquela fixada pelo constituinte originário para o Ministério Público nos termos do art. 127, § 1º, da CF/1988, e, assim, as perspectivas lançadas no item 12.2.5.1 podem ser aqui aplicadas.

As regras contidas nos art. 93 e art. 96, II, da CF/1988, também dão a dimensão atribuída pela EC nº 80/2014 para a Defensoria Pública.

12.5.6.4 Número de defensores públicos na unidade jurisdicional

Na "justificação" da PEC 247/2013, foi considerado importante estudo, de recomendável leitura, especialmente pelos governantes, realizado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP em conjunto com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, com o apoio e a colaboração do Ministério da Justiça, denominado "Mapa da Defensoria Pública no Brasil". Conforme destacado no trabalho, no Brasil, havia "8.489 cargos criados de defensor público dos Estados e do Distrito Federal, dos quais apenas 5.054 estão providos (59%). Esses 5.054 defensores públicos se desdobram para cobrir 28% das comarcas brasileiras, ou seja, na grande maioria das comarcas, o Estado acusa e julga, mas não defende os mais pobres. Na Defensoria Pública da União a situação não é diversa: São 1.270

cargos criados e apenas 479 efetivamente providos, para atender 58 sessões judiciárias de um total de 264, o que corresponde a uma cobertura de 22%".[88]

Nesse contexto, de acordo com o art. 98, caput, do ADCT, também introduzido pela EC nº 80/2014, seguindo a mesma redação que foi dada pela EC nº 45/2004 em relação ao número de juízes, está estabelecido que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. Com isso, assegura-se a eficaz prestação do serviço de assistência, de modo efetivo, e pela carreira da Defensoria Pública.

Para se cumprir essa previsão, foi estabelecido o prazo de 8 anos a partir do advento da referida emenda, quando, então, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observadas as regras acima mencionadas.

Durante esse período, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Assim, ao final desse período de 8 anos, não mais fará sentido o Estado continuar fazendo convênios com a OAB e outras instituições, já que, de modo muito claro, esse "serviço" de assistência foi fixado para ser prestado pela carreira da Defensoria Pública, havendo o dever da realização de concurso público para o cumprimento da meta de defensores proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

12.5.6.5 O defensor público, uma vez nomeado e tendo tomado posse, tem o dever de continuar inscrito nos quadros da OAB?

Como todos sabem, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites, da Lei (art. 133, da CF/1988).

Já tivemos a oportunidade de destacar que a presença do advogado pode ser dispensada como se observa, para se ter exemplos, nos juizados especiais (art. 20, da Lei nº 9.099/1995 e art. 10, da Lei nº 10.259/2001), para a impetração do *habeas corpus*, na Justiça do Trabalho, para a propositura de ações revisionais, nas hipóteses da SV 5 etc.

Assim, diante da omissão constitucional sobre a necessidade de o defensor público continuar inscrito nos quadros da OAB, entendemos que a resposta à pergunta formulada

[88] O estudo é do ano de 2013 (os dados analisados na pesquisa foram coletados entre os meses de setembro/2012 e fevereiro/2013). Os números devem ser acompanhados e servem de importante trincheira de batalha na consolidação dessa carreira tão importante para o país (estima-se que, segundo os dados do IBGE/2010, 82% dos brasileiros – com renda de até 3 salários mínimos, ao menos em tese, dependem do trabalho desses combatentes, vocacionados e incansáveis advogados).

deverá ser dada pelo legislador, considerando as disposições constitucionais, especialmente a EC nº 80/2014. Vejamos as regras previstas na legislação infraconstitucional para, em seguida, expor o nosso ponto de vista diante da reforma constitucional:

• art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia): exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes, dentre os ali indicados, da Defensoria Pública;

• art. 26 e art. 71 da LC nº 80/1994 (em relação à Defensoria Pública da União e à dos Territórios, não havendo previsão para a dos Estados e, em razão do art. 2º, da EC nº 69/2012, também sem nenhuma previsão para a Defensoria Pública do Distriro Fedral): o candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga;

• art. 4º, § 6º, da LC nº 80/1994 (introduzido pela LC nº 132/2009): a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

Essa perspectiva de expressa distinção entre a advocacia e a Defensoria Pública também foi observada em vários dispositivos, destacando-se: art. 3º, § 3º; 11, parágrafo único, art. 72, parágrafo único, art. 77, § 6º, art. 78, caput, art. 144, III e § 1º, art. 156, § 2º, art. 185 ao art. 187, art. 207, parágrafo único, art. 220, § 1º, art. 230, art. 234, caput, art. 250, IV, art. 272, § 6º, art. 287, parágrafo único, II, art. 289, art. 334, § 9º, art. 341, parágrafo único, art. 360, IV, art. 362, § 2º, art. 425, VI, art. 610, § 2º, art. 695, § 4º, art. 733, § 2º, art. 784, IV e art. 1.003, do CPC.

Uma observação importante ainda deve ser feita: a regra legal acima exposta, que exige o registro na OAB no momento da inscrição no concurso (art. 26 e art. 71 da LC nº 80/1994), está direcionada apenas para a Defensoria Pública da União e a dos Territórios. Em relação à Defensoria Pública dos Estados e à do Distrito Federal (art. 2º, da EC nº 69/2012), não houve previsão de regra geral para essa matéria. Assim, essa questão deverá ser regulamentada em cada Lei Complementar local, com as observações que faremos a seguir, à luz, da EC nº 80/2014.

Em um primeiro momento, no tocante às Defensorias Públicas da União e a dos Territórios, sustentávamos que a melhor forma de se harmonizar todos os dispositivos destacados, considerando a regra, da Lei orgânica, seria no sentido de que o registro na OAB deveria ser considerado requisito para a inscrição no concurso público, demonstrando, então, ser o candidato advogado. Uma vez aprovado no certame, em razão de sua nomeação e posse no cargo, passaria o defensor a ter capacidade postulatória independentemente de

inscrição nos quadros da OAB, ficando, então, dispensado de continuar vinculado à Ordem dos Advogados.

A regra do art. 4º, § 6º, da LC nº 80/1994, ao usar a palavra "exclusivamente", dispensou a necessidade de continuar inscrito nos quadros da OAB, obrigação esta que deve ser entendida apenas como requisito de capacitação profissional para a mera inscrição no certame.

A partir da 22ª edição, fizemos uma outra reflexão à luz, da EC nº 80/2014. Como se sabe, a reforma constitucional desvinculou, de vez, a Defensoria Pública da Advocacia, tanto que agora estão em seções separadas, conforme visto acima. Ousamos afirmar que, do ponto de vista constitucional, a distância em que se encontra a carreira do Ministério Público da Advocacia (Título IV, Capítulo IV, Seção I e III, da CF/1988) é a mesma entre a Defensoria Pública e a Advocacia (Título IV, Capítulo IV, Seção I e IV, da CF/1988). Conforme dissemos, a partir, da EC nº 80/2014, as 4 funções essenciais à Justiça estão tratadas de modo individual e distinto.

A maior aproximação ou não, em termos de requisitos, dependerá da prescrição normativa que, conforme visto, estabeleceu que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

Assim, se o Defensor Público pode o mais, que é exercer a sua atividade sem estar inscrito nos quadros da OAB, mudamos o nosso entendimento e passamos a sustentar que a EC nº 80/2014 revogou os art. 26 e art. 71 da LC nº 80/1994. Assim, mesmo sabendo que referidos dispositivos só se aplicavam para a DPU e a Defensoria dos Territórios, pensamos que essa exigência fere a Constituição Federal. Não haveria sentido exigir o registro na OAB se, depois da posse, esse registro não terá mais razão de ser, já que a capacidade postulatória, segundo a regra do art. 4º, § 6º, da LC nº 80/1994, decorrerá exclusivamente da nomeação e posse no cargo.

Essa questão específica de desnecessidade de continuar inscrito nos quadros da OAB foi apreciada pelo STJ. Citando o precedente da 5ª Turma no RHC 61.848, que reconheceu a distinção entre advogados públicos e defensores públicos, por unanimidade, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça estabeleceram que, apesar da grande semelhança, há inúmeras diferenças entre a atividade de defensor e a dos advogados: "a carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos; submetem-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB; necessitam aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que se possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação". Estabelecendo um necessário diálogo das fontes, os Ministros não afastaram totalmente a aplicação do Estatuto da Advocacia, dada a similitude das atividades, mas fizeram prevalecer

a legislação especial – Lei orgânica, sobre o Estatuto (REsp 1.710.155, 2ª T., j. 2018 – cf. julgamento monocrático Min. Og Fernandes, REsp 1.638.836, j. 2019).

O STJ não analisou a questão específica do registro no momento da inscrição no certame, mas pensamos que, assim como para se tomar posse como Magistrado ou membro do MP não se exige o registro na OAB, não se pode exigir, a partir, da EC nº 80/2014, esse requisito para a carreira da Defensoria Pública. Não estamos de pronto afastando o requisito da quarentena de entrada previsto no art. 93, I, da CF/1988, que poderá ser exigido, mas dependerá de expressa previsão nas leis orgânicas, conforme falaremos a seguir no item 12.5.10 Estamos afastando a exigência de registro nos quadros da OAB.

Essa questão será decidida pelo STF (pendente). A ADI 4.636, já com parecer da PGR (2012) no sentido da não necessidade de inscrição na OAB do Defensor Público depois da nomeação e posse no cargo, tem por objeto o art. 4º, § 6º, da LC nº 80/1994; por sua vez, a ADI 5.334 discute a constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, analisando a necessidade de os advogados públicos e defensores permanecerem inscritos nos quadros da OAB. O parecer da PGR é também no sentido da não ingerência da OAB nas carreiras de advogados públicos e defensores, pois, no caso, a disciplina deveria se dar exclusivamente nas leis complementares (parecer apresentado em 2017); finalmente, devemos acompanhar o julgamento do RE 1.240.999 (repercussão geral reconhecida em 2019), que analisará o tema 1.074: "exigência de inscrição de Defensor Público nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício de suas funções públicas".

Diante dessa argumentação decorrente da interpretação que se deu em razão da separação trazida pela EC nº 80/2014, entendemos que deveria ter sido modificado, também, o art. 94, da CF/1988, quando define as regras para o "quinto constitucional" para que se permita, sem nenhum tipo de retaliação política, a efetiva participação de defensores que deixaram de estar inscritos nos quadros da OAB.

Sem dúvida, estamos diante de relevante problemática a ser enfrentada pela doutrina e pelo STF.

12.5.7 A Defensoria Pública como cláusula pétrea

REDAÇÃO ORIGINAL NA CF/1988	**REDAÇÃO DADA PELA EC nº 80/2014**
Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988 – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos	Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

Conforme se observa, a EC nº 80/2014, ao modificar a redação do art. 134, caput, da CF/1988, além de reproduzir os dispositivos do art. 5º, LXXIV (direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos), deixou claro que a Defensoria Pública, além de ser essencial à função jurisdicional do Estado, é instituição permanente.

Dentro da perspectiva de aproximação com a Magistratura e o Ministério Público, a EC nº 80/2014 introduziu para a Defensoria Pública a caracterização que já estava prevista para o MP desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 127, da CF/1988 – "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado").

O art. 1º da LC nº 80/1994, a partir da redação dada pela LC nº 132/2009, já tratava a Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Mas foi a EC nº 80/2014 que, acertadamente, explicitou essa definição na Constituição.

No tocante à aproximação dos modelos, não havia a necessidade de se reproduzir referida disposição também para a Magistratura, pois, como sabemos, o art. 60, § 4º, III, da CF/1988, prescreve a separação de poderes como cláusula pétrea.

Se existe uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, destinada a assegurar o cumprimento do direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, da CF/1988, este reconhecido como cláusula pétrea, parece natural que se entenda também à Defensoria Pública a qualidade de cláusula pétrea e limite material protegido pela Constituição.

Portanto, não se admitirá proposta de emenda tendente a abolir, ou mesmo enfraquecer, ou esvaziar a Defensoria Pública.[89]

Diogo e Franklyn trazem importante contribuição: "na verdade, para os carentes e necessitados, que compõem a grande maioria da sociedade brasileira, a Defensoria Pública funciona como instrumento de concretização de todos os direitos e liberdades constitucionais. Tanto que a própria existência constitucional da Defensoria Pública restou expressamente associada pelo art. 134 da CF/1988 ao direito fundamental à assistência jurídica estatal gratuita".[90]

E concluem: "por constituir garantia instrumental que materializa todos os direitos fundamentais e assegura a própria dignidade humana, a Defensoria Pública deve ser considerada requisito necessário ou indispensável do sistema constitucional moderno,

---

[89] Conforme anotou Haman Tabosa, "querer alterar essa opção, deturpá-la ou mesmo olvidá-la, representa um golpe contra a ordem constitucional, não havendo outro caminho senão o de se dar cumprimento à ordem emanada da Carta Magna, consistente no enfrentamento do problema da precariedade da assistência jurídica estatal, estruturando-se adequadamente a Instituição Defensoria Pública para que funcione a contento, não se permitindo que essas pessoas, humildes, continuem sendo mal informadas, mal orientadas ou mesmo enganadas em seus direitos em razão da ausência de cobertura institucional na maior parte deste país" (TABOSA, Haman: *Defensoria Pública é cláusula pétrea da Constituição*).

[90] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.*

integrando o conteúdo material da cláusula pétrea estabelecida no art. 60, § 4º, IV, da CF/1988".[91]

Diante dessa perspectiva, sustentamos que as disposições previstas no art. 134, da CF/1988, devem ser reconhecidas como normas de reprodução obrigatória ou compulsória no âmbito estadual e distrital e, assim, não poderá haver nenhum desvirtuamento por parte do constituinte estadual da previsão constitucional da Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

12.5.8 Princípio do defensor público natural

Além de as partes serem julgadas por órgão independente e pré-constituído, o acusado tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores *ad hoc* ou por encomenda (art. 5º, LIII e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2º, da CF/1988).

Nesse sentido, de maneira bastante adequada, assegura-se aos necessitados, assim considerados na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988, o direito de serem patrocinados por defensor público natural (art. 4º-A, IV, da LC nº 80/1994, introduzido pela LC nº 132/2009), investido na carreira por concurso público de provas e títulos.

Assim, referidos concursos públicos para o preenchimento dos cargos de defensores públicos de todo o Brasil devem ser implementados, evitando que os convênios com a OAB continuem sendo um fator impeditivo do cumprimento desse mandamento constitucional,[92]

---

[91] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.*

[92] "Lei nº 8.742/2005-RN, que "dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de defensor público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado". A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade" (ADI 3.700, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2008, Plenário, DJE de 2009). Em igual sentido, destaca-se a complicada realidade do Estado de Santa Catarina, cujo art. 104 da CE-SC fez a previsão de Defensoria Pública a ser exercida por Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da LC nº 155/1997-SC, que estabeleceu convênio com a seccional da OAB/SC para prestação dos serviços de "defensoria pública dativa". Naturalmente, o STF declarou inconstitucional essa previsão e, modulando os efeitos da decisão, determinou a implementação da carreira, por concurso público, como determina a Constituição, dentro do prazo de 1 ano a contar da decisão (ADI 3.892 e ADI 4.270, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2012, Plenário, DJE de 2012). Para mais detalhes, cf. item 12.5.13.14.

especialmente, conforme vimos, com o advento, da EC nº 80/2014, que fixou o prazo de 8 anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal passem a contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, em número proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

Se não admite a contratação temporária de juízes de direito, ou convênios para acusação, naturalmente a sociedade não pode aceitar que a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988, sejam implementadas mediante convênio ou contratação temporária. A Constituição exige que esse "serviço" de assistência jurídica, integral e gratuita, seja prestado por defensores públicos investidos em cargos de carreira e providos por concurso público de provas e títulos e com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

12.5.9 Garantias dos membros da Defensoria Pública

Os art. 43, art. 88 e art. 127 da LC nº 80/1994, ampliando a regra constitucional explícita estabelecida no art. 134, § 1º, da CF/1988, asseguram, como garantias dos membros da Defensoria Pública:

- a independência funcional no desempenho de suas atribuições;
- a inamovibilidade;
- a irredutibilidade de vencimentos;
- a estabilidade.

a) Independência funcional no desempenho de suas atribuições

Assim como já estudamos em relação ao Ministério Público, a independência funcional assegura aos membros da Defensoria Pública a autonomia de convicção no exercício de suas funções, devendo, naturalmente, observar a Lei e a sua missão institucional, qual seja, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

b) Inamovibilidade

O art. 134, § 1º, da CF/1988, assegura aos integrantes da carreira, expressamente, a inamovibilidade. Essa garantia, contudo, não é absoluta, na medida em que o defensor poderá ser removido a pedido ou por permuta, sempre entre membros da mesma categoria da carreira e, também, compulsoriamente, na forma, da Lei Complementar que prevê, para a aplicação da penalidade, a necessidade de prévio parecer do Conselho Superior, assegurando-se a ampla defesa em processo administrativo disciplinar.

Os art. 50, § 4º e art. 95, § 4º, da LC nº 80/1994 estabelecem que a remoção compulsória será aplicada sempre que a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação.

Isso não significa a possibilidade de remoção por motivo político ou por perseguição. A garantia da inamovibilidade assegura a livre atuação do defensor público, inclusive a garantia de não ser removido em razão da propositura de ações que possam incomodar determinados setores ou grupos.

Nesse sentido, o reconhecimento da legitimação ativa para a propositura da ação civil pública exige a sedimentação da garantia da inamovibilidade, pois, certamente, em razão de sua amplitude, os efeitos da decisão poderão "incomodar" determinados grupos ou pessoas. A garantia da inamovibilidade encontra complemento na independência funcional e, portanto, a sua preservação mostra-se extremamente importante para o cumprimento das funções da Defensoria.

c) Irredutibilidade de vencimentos

A Constituição assegura aos defensores públicos a remuneração exclusivamente por subsídio, bem como a sua irredutibilidade (art. 135, c/c o art. 39, § 4º, da CF/1988).

Nesse sentido, na dicção do art. 37, XV, da CF/1988, o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos art. 37, XI, da CF/1988 (qual seja, subteto, limitado a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF) e art. 37, XIV, da CF/1988 (do art. 37) e nos art. 39, § 4º, art. 150, II, art. 153, III e art. 153, § 2º, I, da CF/1988.

A título de informação, observando-se o subteto constitucional, cabe destacar que a Lei nº 13.412/2016 valorizou a carreira ao fixar o valor do subsídio dos membros da Defensoria Pública da União com real equivalência (ao menos progressiva) ao dos membros do MPU e da Magistratura Federal, evitando-se, assim, que se percam defensores por questões remuneratórias, como, infelizmente, se observava, apesar de se ter a convicção de que as carreiras são (ou deveriam ser) preenchidas por candidatos vocacionados.

d) Estabilidade

A Constituição Federal não fez nenhuma previsão em relação a outras garantias, exceto a da inamovibilidade (art. 134, § 1º, da CF/1988).

Nesse sentido, os art. 43, art. 88 e art. 127 da LC nº 80/1994 estabeleceram que o defensor público goza da estabilidade. Veja, o texto fala em estabilidade e não em vitaliciedade.

A vitaliciedade está prevista expressamente na Constituição Federal para os membros da magistratura (art. 95, I, da CF/1988) e do MP (art. 128, § 5º, I, "a", da CF/1988) e significa que, uma vez vitaliciado (após 2 anos e não 3 anos, como é a estabilidade), a perda do cargo dependerá de sentença judicial transitada em julgado.

As reformas constitucionais, apesar da aproximação das carreiras, não fizeram previsão explícita da vitaliciedade para os defensores públicos, aplicando-se, assim, diante do comando, da Lei Complementar, a regra geral prevista no art. 41, da CF/1988, que estabelece

serem estáveis após 3 anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, podendo perder o cargo:

• em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

• mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

• mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de Lei Complementar, assegurada ampla defesa.

A jurisprudência do STF, antes, da EC nº 80/2014, confirmou esse entendimento, que, conforme vimos, está explícito na LC nº 80/1994. A CE-RJ estabeleceu que o defensor público, após dois anos de exercício na função, não perderia o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

Essa questão foi levada ao STF, que julgou ser inconstitucional a referida previsão (cf. ADI 230/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, DJE de 2014).

Não estamos propondo aqui a prevalência, da Lei Complementar federal sobre a Constituição do Estado-Membro. Diante do comando fixado no art. 134, § 1º, da CF/1988, a fixação dessas garantias implementar-se-á por Lei Complementar, no caso, a LC nº 80/1994, que assegurou a estabilidade e não a vitaliciedade.

12.5.10 É possível o reconhecimento da garantia da vitaliciedade para os membros da Defensoria Pública?

Entendemos que sim, mas em apenas duas hipóteses:

• necessária alteração da LC nº 80/1994;

• nova reforma constitucional.

Conforme desenvolvemos em parecer jurídico solicitado em 2015 por 19 candidatos aprovados na fase oral do V Concurso Público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Defensor Público Federal de Segunda Categoria da carreira de Defensor Público Federal da Defensoria Pública da União (DPU) – e ali se discutia a exigência de 3 anos como atividade jurídica depois de formado para o ingresso na carreira – a grande problemática é saber quais dispositivos do art. 93, da CF/1988 se aplicam para a Defensoria Pública.[93]

No caso da vitaliciedade, muito embora a previsão expressa para a magistratura esteja no art. 95, I, o art. 93, IV, estabelece a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de

[93] A tese que sustentamos no referido parecer veio a ser, em momento seguinte, reconhecida pela 2ª T. do STJ, no julgamento do REsp 1.676.831 (j. 2017), estabelecendo que a aplicação do art. 93, I, da CF/1988, que exige 3 anos de atividade jurídica, no tocante à DPU – que era o caso específico dos autos, depende de modificação expressa do art. 26, § 1º, da LC nº 80/94. Assim, Resolução do Conselho Superior da DPU em sentido diverso não pode prevalecer sobre a Lei complementar. "A exigência de requisito do cargo público e a sua imposição em concurso público devem estar previstas em Lei em sentido formal e no respectivo edital."

vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

E qual o motivo de estarmos falando do art. 93, da CF/1988, e sua eventual aplicação para a carreira da Defensoria Pública?

Conforme escrevemos no referido parecer jurídico, o art. 134, § 4º, da CF/1988, ao prescrever serem os princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, manda aplicar, no que couber, o disposto no art. 93 e art. art. 96, II, da CF/1988.

Nesse sentido, temos que investigar a amplitude da expressão "no que couber" para, em seguida, analisar se o art. 93, IV, da CF/1988, deve ou não ser aplicado e, então, se aplicado, reconhecer a garantia da vitaliciedade.

A expressão "no que couber" pode ser encontrada na da CF/1967 e na EC nº 1/1969 (não nas anteriores), assim como em alguns dispositivos, da CF/1988. Não se trata, portanto, de novidade trazida pela EC nº 80/2014.

Muitos dos dispositivos, da CF/1988 que utilizam a expressão estão em um sentido já atribuído pelo STF de "no que for aplicável" (AP 470 QO-oitava). Assim, a aplicação dependerá da análise das regras e das particularidades da instituição.

A aplicação da disposição em razão da expressão não poderá simplesmente ser transplantada friamente e em sua integralidade. Deverá, acima de tudo, verificar se haverá ou não violação da natureza jurídica do órgão ou de suas características.

Em caso semelhante ao da Defensoria Pública, está a regra prevista no art. 129, § 4º, que também manda aplicar ao MP, no que couber, o disposto no art. 93 (EC nº 45/2004).

Para se ter um exemplo, observamos que, em relação ao MP, há uma disposição que também está prevista no art. 129, § 3º, da CF/1988, qual seja, a necessidade de se observar a chamada "quarentena de entrada", que, por sinal, coincide com aquela fixada para a Magistratura no art. 93, I, da CF/1988.

Por esse motivo, José Afonso da Silva entende que o art. 93, I, da CF/1988, não se aplica ao MP, pois, no caso, existe uma prescrição específica cobrindo todo o assunto na Constituição. Coincidentemente, as regras são idênticas. Mas poderiam ser diferentes...

Em suas palavras, diante da regra contida no art. 129, § 4º, da CF/1988 ("Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, da CF/1988."), "podemos fazer um exercício de experimentação para verificar, em geral, o que cabe e o que não cabe. Desde logo, já se pode dizer que, dos incisos do art. 93, da CF/1988, não se aplicam: a) o art. 93, I, da CF/1988, sobre ingresso na carreira, porque dessa matéria já cuidou expressamente o art.. 129, § 3º, da CF/1988...".[94] Assim, para Silva, havendo disciplina própria sobre o

[94] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

assunto, haverá o afastamento da regra contida no art. 93, I, da CF/1988. Havendo silêncio, se não conflitar, estará configurada a hipótese de sua aplicação.

Isso posto, observamos que, no tocante às garantias da Defensoria Pública, o constituinte originário estabeleceu apenas a da inamovibilidade, delegando para Lei Complementar a definição das demais (redação original do art. 134, caput, da CF/1988, transformado em art. 134, § 1º, da CF/1988 pela EC nº 45/2004). As EC nº 69/2012, EC nº 74/2013 e EC nº 80/2014 mantiveram a regra original de deixar a definição ao legislador complementar.

Assim, surge a questão: o que deve ser aplicado à Defensoria Pública do art. 93, da CF/1988, já que o art. 134, § 4º, da CF/1988, determina a aplicação de tudo aquilo que couber? Ou seja, como deve ser lida a expressão "no que couber"? Entendemos que a disposição prevista na Lei Complementar, diante do comando do art. 134, § 1º, da CF/1988, deverá prevalecer sobre os dispositivos do art. 93, da CF/1988.

No caso, como há previsão da garantia da estabilidade e não da vitaliciedade, a Lei Complementar deve prevalecer, afastando-se o art. 93, IV, da CF/1988.

Portanto, a única forma de se assegurar a garantia da vitaliciedade considerando a atual redação das disposições constitucionais seria se houvesse modificação, da Lei Complementar que não afrontaria o disposto no art. 41, da CF/1988.[95]

Isso porque, em nosso entender, o constituinte originário delegou ao legislador a definição das garantias, sendo que, a partir, da EC nº 80/2014, que introduziu o art. 134, § 4º, da CF/1988, admitiu-se a aplicação do art. 93, IV, da CF/1988, "no que couber". Ou seja, se a Lei Complementar assegurar a garantia da vitaliciedade, a regra especial do art. 134, § 4º, da CF/1988, que difere os defensores públicos dos demais servidores públicos, impedirá eventual argumentação de violação ao art. 41, da CF/1988 (que assegura a garantia da estabilidade para os servidores públicos).

E qual o motivo de não terem nem o constituinte originário, nem o reformador e nem mesmo a Lei já assegurado a garantia da vitaliciedade?

Talvez, pensamos, para se avaliar o desenvolvimento da carreira, que só veio a ser prevista expressamente pela primeira vez na CF/1988. O momento político não sinalizava, naquele momento, a conveniência da garantia da vitaliciedade.

---

[95] Parcela da doutrina institucional entende que a EC nº 80/2014 já teria introduzido a garantia da vitaliciedade. Nesse sentido, dentre outros, o Defensor Público de Fortaleza Jorge Bheron Rocha. Com o máximo respeito, não concordamos com esse posicionamento, devendo haver, em nosso entender, alteração formal da LC nº 80/1994, ou, como se verá em seguida, nova emenda constitucional. Contudo, a necessidade de se assegurar a vitaliciedade se mostra urgente e muito bem colocada por Bheron, ao afirmar que a vitaliciedade é uma garantia em prol da finalidade de atuação dos Defensores, "que pode se dar de forma ainda mais desembaraçada frente aos obstáculos da promoção do acesso à Justiça" (ROCHA, Jorge Bheron: *O histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional*).

Hoje, contudo, em razão de todo desenvolvimento da carreira e das novas perspectivas que se colocam, sem dúvida, parece ser o momento de se aproximar, de vez, a Defensoria Pública da Magistratura e do Ministério Público. É o que abordaremos no item seguinte.

Naturalmente, essa modificação também poderia se implementar por emenda constitucional[96] e, quem saiba, já seja o momento de se prescrever expressamente para a Defensoria as mesmas garantias e disposições asseguradas para os membros da Magistratura e do Ministério Público.

12.5.11 A Defensoria Pública como "*custos vulnerabilis*" (Maurilio Casas Maia): Origem histórica. Atuação da Defensoria Pública além das situações de vulnerabilidade meramente econômico-financeira. Perspectiva de contraponto à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Paridade de armas entre acusação pública e defesa pública

Toda essa evolução apresentada no item anterior faz com que novas perspectivas sejam lançadas em relação à atuação da Defensoria Pública, bem como às garantias da carreira, vislumbrando-se, cada vez mais, a efetiva e real aproximação com a Magistratura e o Ministério Público.

De início, parece interessante apresentarmos, no tocante ao histórico de surgimento da carreira, a evolução no Estado do Rio de Janeiro, que foi o pioneiro na implantação da Defensoria Pública no Brasil, servindo de modelo, inclusive, para a elaboração da LC nº 80/1994.

Em primoroso trabalho, Diogo Esteves e Franklyn Silva observam que, "assim como no Distrito Federal (posteriormente, Estado da Guanabara), também no antigo Estado do Rio de Janeiro (toda área geográfica do atual Estado, exceto a cidade do Rio de Janeiro), a Defensoria Pública se manteve originalmente inserida dentro da carreira do Ministério Público, sendo a assistência aos necessitados prestada por integrantes do parquet".[97]

---

[96] Nesse sentido, admitindo a garantia da vitaliciedade apenas em razão de alteração da Constituição por emenda e não por Lei complementar, Diogo e Franklyn observam: "... a vitaliciedade encontra-se prevista no art. 95, I, da CF/1988, que elenca as garantias dos membros do Poder Judiciário. Ocorre que o art. 134, § 4º, determina que sejam aplicados em relação à Defensoria Pública apenas os art. 93 e art. 96, II, da CF/1988, nada dispondo acerca do art. 95, da CF/1988. Com isso, a despeito dos esforços hermenêuticos para assegurar a ampliação das garantias dos membros da Defensoria Pública, o Poder Constituinte derivado não estendeu aos Defensores Públicos a vitaliciedade prevista para os magistrados" (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública*.

[97] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* Explicando melhor, o mencionado Distrito Federal corresponde à área da cidade do Rio de Janeiro, quando era a capital, tendo sido transformado em Estado da Guanabara com inauguração de Brasília em 21.04.1960. Por sua vez, o Estado do Rio de Janeiro se refere a toda área exceto a da cidade do Rio de Janeiro. Conforme explicamos no item 7.7.1,

Exatamente isso. A Defensoria Pública surge atrelada ao Ministério Público, na mesma carreira do Ministério Público. No Distrito Federal, transformado no Estado da Guanabara, o art. 2º, da Lei nº 216/1948 estabelecia que "a carreira do Ministério Público compreende os cargos de Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público e Curador, providos o primeiro mediante concurso de títulos e provas e os demais por promoção". Ou seja, a entrada na carreira se dava no cargo de Defensor Público e a evolução para o cargo de Promotor.

Por sua vez, no antigo Estado do Rio de Janeiro (o atual Estado exceto a cidade do Rio de Janeiro), os autores observam que, "paralelamente ao modelo de Defensoria Pública implementado no Distrito Federal e mantido, posteriormente, pelo Estado da Guanabara, foi [...] desenvolvido modelo autônomo de assistência judiciária". A Lei nº 2.188/1954-RJ criou 6 cargos isolados de Defensores Públicos, inseridos na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça. Em momento seguinte, a Lei nº 5.111/1962-RJ atribuiu "aos integrantes do Ministério Público o patrocínio gratuito, nos feitos cíveis e criminais, dos juridicamente necessitados. Por intermédio da referida norma, foi criado, no antigo Estado do Rio de Janeiro, o "Quadro do Ministério Público" que, à época, era constituído de duas letras, "A" e "B". A letra "A" correspondia ao Ministério Público, em sentido estrito, a letra "B" correspondia à assistência judiciária".[98]

Essa visão histórica nos permite duas observações interessantes: a) a primeira diz respeito à possível lógica pensada pelo legislador em colocar o Ministério Público de defesa como fase inicial da carreira do Ministério Público e como antecedente à posição do Ministério Público de acusação. Em conversa telefônica com o vocacionado e combatente Defensor Público do Estado do Amazonas, Maurilio Casas Maia, ele sugere que a opção se mostra extremamente prudente, pois, para acusar, o membro do Ministério Público teria que já ter passado e "sentido na pele" as mazelas e dificuldades da defesa; b) a segunda nos permite afirmar que a tendência de aproximação entre a Defensoria Pública e o Ministério Público que hoje se observa remonta ao seu surgimento histórico na experiência do Rio de Janeiro.

Pois bem, estabelecida essa marcação histórica, passamos a perceber, nitidamente, que a Defensoria Pública, no exercício de suas atribuições, não se limita apenas à proteção daqueles que se encontram em vulnerabilidade econômico-financeira.

De acordo com o art. 4º, XI, da LC nº 80/1994, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, está a de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais

---

o art. 8º da LC nº 20/1974 implementou a fusão entre o Estado da Guanabara e o do Rio de Janeiro, fazendo surgir o que hoje conhecemos por Estado do Rio de Janeiro.

[98] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* Sobre a evolução histórica, confira, também, o site da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado. Assim, fica claro que a vulnerabilidade não se resume ao aspecto financeiro.

Bheron observa que, "desta forma, não há razão para dividir as funções da Defensoria Pública em típicas e atípicas, uma vez que a atuação da instituição está sempre tipicamente ligada à presença de alguma vulnerabilidade coletiva ou individualmente considerada, sob o prisma econômico, jurídico, circunstancial ou organizacional".[99]

Nesse sentido, destacamos importante definição da expressão "necessitados" estabelecida pelo Min. Herman Benjamin, ao analisar a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública, antes, inclusive, da EC nº 80/2014. Vejamos:

"Por espelhar e traduzir exemplarmente as marcas identificadoras do Welfare State, que está baseado nos princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da efetiva igualdade de oportunidades, inclusive de acesso à Justiça, a Defensoria Pública – instituição altruísta por excelência – é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, da CF/1988 [...]. A expressão "necessitados" (art. 134, caput, da CF/1988), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, "necessitem" da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana" (REsp 1.264.116, STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 2011, 2ª T., DJE de 2012).

A partir dessa noção ampliada do termo "necessitados", Bheron identifica 3 grandes modelos de atuação da Defensoria Pública. Conforme observa, "a Defensoria Pública atua, assim, como *amicus vulnerabilis* – amigo dos vulneráveis, nomenclatura genérica que abarca em si diversas formas de atuação da Instituição":

• procurador judicial dos vulneráveis (*attornato ad vulnerable*): "quando lhes representa judicialmente no uso da capacidade postulatória, comparecendo o beneficiário em nome próprio aos autos, constituindo o atuar mais comum da instituição";

• legitimado extraordinário (*amicus communitas*): "quando atua em nome próprio, mas em defesa de interesses e direitos de indivíduos e grupos vulneráveis, como na ação civil pública para proteção de direitos difusos";

---

[99] ROCHA, Jorge Bheron: *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais,* nota do autor.

• guardião das vulnerabilidades *(custos vulnerabilis)*: "quando atua em nome próprio em razão de missão institucional de promoção dos direitos humanos, assim na atuação como assistente ou interveniente em processo civil ou penal que esteja em causa demanda que pode ter cunho coletivo ou também exclusivamente individual, mas relacionado à dignidade humana e aos direitos fundamentais da pessoa, como atuação paralela, complementar ou suplementar ao advogado constituído".[100]

Há, ainda, o uso da expressão *amicus communitas* proposta por Daniel Gerhard e Maurilio Casas Maia, ao reconhecerem que a Defensoria Pública também atua na defesa "das comunidades mais estigmatizadas socialmente – v.g., as comunidades dos presídios, das favelas, dos ocupantes irregulares de propriedades" etc. O por eles denominado Defensor-Hermes é "o mensageiro, o garantidor da representatividade de interesses minoritários e renegados".[101]

Conforme bem estabelecem, "a vocação defensorial é contramajoritária e de reforço democrático. Trata-se de impedir que a voz da sociedade, com sua maioria dominante, sufoque os interesses e os direitos fundamentais das comunidades minoritárias e do indivíduo injustamente afrontado em seus direitos fundamentais seja pelo discurso do ódio ou do medo".[102]

Já a noção de *custos vulnerabilis* deve ser creditada a Maurilio Casas Maia[103] ao estabelecer a atuação em nome dos "vulneráveis sociais", que não se resumem aos necessitados apenas sob o viés financeiro. Segundo observa, essa vulnerabilidade pode ter caráter ampliado, como o organizacional ou geográfico, identificando que a Constituição catalogou diversos segmentos de necessitados e socialmente mais vulneráveis, como os consumidores, as crianças, os idosos, as pessoas com deficiência etc.[104]

Realmente, o tema é novo e ainda em construção. Muito ainda deverá ser desenvolvido e pensado, seja em sede doutrinária (acadêmica), como jurisprudencial. Nesse sentido, cautelosamente, Diogo e Franklyn fazem questionamentos provocativos, buscando fomentar o debate. Reconhecendo tratar-se de "sedutora corrente doutrinária", os autores temem o que chamam de autoritarismo ou paternalismo estatal em relação a essa nova perspectiva de atuação da Defensoria Pública, fazendo algumas indagações, dentre as quais se destacam: quais os tipos de deficiência processual que admitiriam a participação institucional? Qual deve ser a extensão da atuação? Deve haver aquiescência por parte do vulnerável para a

---

[100] ROCHA, Jorge Bheron: *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais*.

[101] GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas: *O Defensor-Hermes, o amicus communitas*.

[102] *Ibdi*.

[103] MAIA, Maurilio Casas: *Custos vulnerabilis constitucional*.

[104] *Idem: A Defensoria pública no novo código de processo civil*.

atuação da Defensoria? E no caso de choque de vulnerabilidade, qual deve ser o critério considerado para escolha a ser feita?[105]

Entendemos a proposta bastante interessante e, certamente, um relevante contraponto à atuação Ministério Público, remontando à origem histórica da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Nessa perspectiva, Rosa e Bheron propõem a análise sob a perspectiva da paridade de armas entre as partes, reconhecendo, inclusive, uma possível vulnerabilidade jurídica. Não admitir a atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis* seria, na visão dos autores, "manter a lógica autoritária pró-acusação".[106]

Devemos, contudo, pensar o limite e a amplitude dessa atuação, que, sem dúvida, encontra fundamento normativo: a) na Constituição, ao atribuir à Defensoria Pública a missão de defesa dos necessitados (art. 134, caput, da CF/1988); b) na LC nº 80/1994, que fixa a atribuição de defesa dos grupos sociais vulneráveis (art. 4º, XI, da CF/1988); e c) no CPC, que estabelece um papel bastante interessante de atuação da Defensoria Pública ao lado do Ministério Público. Vejamos:

• art. 138, da CF/1988: atuação como *amicus curiae*, apresentando a visão institucional;

• art. 139, X, da CF/1988: o juiz dirigirá o processo conforme as disposições, do CPC, incumbindo-lhe, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º, da Lei nº 7.347/1985 e o art. 82, da Lei n 8.078/1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva;

---

[105] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* Júlio Camargo de Azevedo, por sua vez, apresenta 5 problemas envolvendo a atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis*: a) terminologia: não gosta do uso do latim, sustentando não ser conveniente incentivar uma atuação em contraponto ao papel do Ministério Público. Ainda, critica o incentivo a uma postura institucional paternalista ou assistencialista. Por tudo isso, prefere a expressão "intervenção em favor de vulneráveis"; b) fundamentos filosóficos e jurídicos: entende que a vulnerabilidade deve ser pensada a partir de um ideal de justiça pelo reconhecimento, superando a noção de igualdade distributiva. Ainda, o fundamento para essa atuação não seria o art. 554, § 1º, CPC, mas os art. 3º, IV, e art. 134, caput, da CF/1988; as 100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade; o art. 4º, XI, da LC nº 80/1994 e outros fundamentos em outros diplomas; c) forma interventiva: sugere o abandono do que chama de "perfil institucional paternalista-assistencialista em relação às pessoas e grupos vulneráveis", impondo-se a observância de 3 garantias fundamentais – reconhecimento, inclusão e participação; d) natureza jurídica: o autor não acha conveniente a criação de uma nova categoria para descrever a atuação da Defensoria, preferindo que "a natureza jurídica da intervenção defensorial em favor de grupos vulneráveis deva ser circunstancial"; e) critério para intervenção: o autor critica a inexistência de critério objetivo para a atuação da Defensoria. Essa subjetividade pode levar a um fator de desigualdade especialmente diante do elevado número de grupos vulneráveis para além da vulnerabilidade socioeconômica. Qual grupo deverá ser prestigiado pela instituição? E, se houver conflito, qual deverá ceder? Para exemplificar essa complexidade, o autor lembra os seguintes grupos vulneráveis, sem ser exaustivo: "pessoas com deficiência, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, afrodescendentes, quilombolas, indígenas, população LGBT. pessoas em situação de rua, enfermos, consumidores, migrantes refugiados, encarcerados e egressos do sistema prisional" etc. (AZEVEDO, Júlio Camargo de: *Prática cível para defensoria pública*).

[106] Conforme sustentam, exige-se, "para a consecução plena do princípio do contraditório, que exista uma real, substancial e efetiva igualdade de tratamento entre as posições assumidas pela acusação e pela defesa durante todas as fases do processo penal, o que inclui, sem qualquer dúvida, o julgamento perante os órgãos colegiados" (ROSA, Alexandre Morais da; ROCHA, Jorge Bheron: *A defensoria como ator garantidor do contraditório e da ampla defesa*).

• art. 554, § 1º, da CF/1988: no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública;

• art. 565, § 2º, da CF/1988: no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 dias, devendo intimar o Ministério Público para comparecer à audiência, bem como a Defensoria Pública sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça;

• art. 947, § 1º, da CF/1988: legitimação ativa da Defensoria Pública para requerer a instauração de incidente de assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos;[107]

• art. 977, III, da CF/1988: legitimação ativa da Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público, para instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Diante dessas perspectivas, Scarpinella Bueno, ao tratar sobre a Defensoria Pública e o grande mérito do art. 134, da CF/1988, que consagrou a necessária institucionalização da função, "permitindo uma maior racionalização na atividade de conscientização e de tutela jurídica da população carente", entende correto "admitir ampla participação da Defensoria Pública nos processos jurisdicionais, individuais e coletivos, reconhecendo-lhe como missão institucional também a de atuar como *custos vulnerabilis* para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados, desde o modelo constitucional, similarmente à atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis* ou, como pertinentemente prefere o art. 178, do CPC, fiscal da ordem jurídica"[108]

O tema em análise, como se disse, deverá ser evoluído e construído ao lado da cada vez maior afirmação institucional da Defensoria Pública.

---

[107] Neste ponto, observa Cassio Scarpinella Bueno: "sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, entendo que o art. 947, § 1º, da CF/1988, merece ser interpretado amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a intervenção da Defensoria justificar-se na qualidade de *custos vulnerabilis*. É interpretação que se harmoniza com a que proponho para o art. 977, III, da CF/1988, com relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas" (BUENO, Cassio Scarpinella: *Manual de direito processual civil*).

[108] *Ibdi.*

Observamos que, até o fechamento desta edição, não temos, por parte do STF, nenhum caso de explícito e categórico reconhecimento de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.[109]

Há, contudo, interessante julgado proferido pela 2ª Turma do STF que admitiu a impetração de *habeas corpus* coletivo para determinar "a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319, do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º, do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (DL nº 186/2008 e Lei nº 13.146/2015), relacionadas no referido processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício" (HC 143.641, j. 2018. Cf. o desdobramento dessa decisão judicial no campo normativo – Lei nº 13.769/2018, que estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência).

Nesse caso concreto, em razão de pedido expresso da Defensoria Pública do Ceará, muito bem fundamentado e reiterado nos autos, seguido de outro formulado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná para integrar a lide como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*, o Relator, Min. Lewandowski, admitiu o ingresso das referidas Defensorias na condição de assistentes, aplicando-se, por analogia, o art. 121, do CPC. Dentre outras medidas, determinou, ainda, a intimação do Defensor Público-Geral

[109] No fechamento desta edição, contudo, existem 2 interessantes precedentes determinando a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em sede de Tribunal de Justiça: a) TJ/AM – autos nº 4002158-79.2017.8.04.0000: o Des. Ernesto Anselmo Queiroz Chíxaro determinou a intimação pessoal do Defensor Público-Geral do Amazonas, "na condição de "*custos vulnerabilis*" (e não de representante processual-postulatório), para fins de apresentação de sua posição institucional de defesa dos direitos humanos dos vulneráveis (art. 134, da CF/1988 e art. 4º, XI, da LC nº 80/1994) e para manifestação em prazo similar ao Ministério Público, considerando-se, porém, a prerrogativa de contagem dobrada de prazo (art. 128, I, da LC nº 80/1994)" (decisão proferida em 2017, sendo que, em momento seguinte, o mesmo Desembargador proferiu decisão no mesmo sentido, nos autos nº 4002077-67.2016.8.04.00000 – 2018); b) TJ/SP – AI nº 2146744-37.2017.8.26.0000: trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo objetivando a retirada de famílias de determinada área de alto risco, imprópria para o assentamento humano. Na medida em que o número de pessoas se mostrava extremamente alto para composição da lide, com a problemática de formação de litisconsórcio multitudinário, o Tribunal, em sede recursal, determinou a intimação da Defensoria Pública como representante processual e *custos vulnerabilis*, aplicando-se o art. 554, § 1º, CPC, devendo representar os interesses dos ditos "hipervulneráveis organizacionais". Vejamos: "a Defensoria Pública, respeitando sua independência funcional e opção técnica, "*in casu*", em princípio, deve assumir duplo papel, isto é, de representante legal dos substituídos, em legitimação extraordinária, e "*custos vulnerabilis*", devendo sempre ser ouvida depois das partes e antes de qualquer medida judicial. A participação do Ministério Público do Estado de São Paulo a este título, isto é, em favor das famílias envolvidas, é insuficiente e, até certo ponto, certamente, colidente com os interesses de parte dos moradores, que possivelmente não vão querer sair de suas casas" (decisão proferida em 2017). Para aprofundamento, as decisões podem ser lidas em reportagem de Pedro Canário: Revista Consultor Jurídico, 2018. Cf., ainda, importante trabalho monográfico, GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MARIA, Maurilio Casas: *Custos vulnerabilis*.

Federal para que esclarecesse sobre o seu eventual interesse em atuar no feito (decisão de 2017, DJE de 2017).

Diante da manifestação positiva da DPU, aduzindo a essencialidade de sua participação, seja pelos reflexos em relação ao grupo vulnerável, seja pela expertise nos temas em discussão, em decisão proferida (DJE de 2017), o Min. Lewandowski, "por se tratar de ação de caráter nacional", tendo como parâmetro a aplicação analógica do art. 12, IV, da Lei nº 13.300/2016 – Lei do Mandado de Injunção, reconheceu a legitimação ativa da Defensoria Pública da União como impetrante do *habeas corpus* coletivo, declarando os impetrantes originários como assistentes, "em condição análoga à atribuída às demais Defensorias Públicas atuantes no feito".

Em momento seguinte, em despacho (DJE de 2018), foi proferida decisão genérica admitindo o ingresso no feito de todas as Defensorias Públicas que viessem a requerer a sua admissão nos autos, na condição de *amici curiae*. Percebam, no primeiro momento se falou em "assistentes"; no momento seguinte, em *amici curiae*, sendo essa a natureza jurídica manifestada no voto do Min. Lewandowski, na decisão proferida em 2018.

O STJ, por sua vez, de modo muito emblemático, em decisão proferida por sua 2ª Seção, por unanimidade, acolheu embargos de declaração para admitir a DPU como *custos vulnerabilis* exatamente como tem sido aqui sustentado (EDcl no REsp 1.712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 2019, 2ª S., DJE 2019).

De fato, estamos diante de grande tema a ser evoluído e necessária definição da natureza jurídica dessa nova perspectiva de atuação, reconhecendo, sem dúvida, a sua importância.

12.5.12 Expressa previsão de notificação da Defensoria Pública da União nas hipóteses de retirada compulsória do migrante ou do visitante (Lei de Migração – Lei nº 13.445/2017)

Conforme desenvolvemos no item 16.7, a repatriação, a deportação e a expulsão serão feitas para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante, ou para outro que o aceite, em observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte.

A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) obrigou a notificação da DPU, o que, certamente, significa um importante avanço, devendo a instituição criar estrutura para a nova demanda, implementando os mecanismos de divulgação dessa garantia ao migrante ou visitante. Vejamos:

• repatriação: a Defensoria Pública da União será notificada, preferencialmente por via eletrônica, no caso do art. 49, § 4º, da Lei nº 13.445/2017 ou quando a repatriação imediata não seja possível (art. 49, § 2º, da Lei nº 13.445/2017);

• deportação: na medida em que os procedimentos conducentes à deportação devem respeitar o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo, a Defensoria Pública da União deverá ser notificada, preferencialmente por meio eletrônico, para prestação de assistência ao deportando em todos os procedimentos administrativos de deportação. A ausência de manifestação da Defensoria Pública da União, desde que prévia e devidamente notificada, não impedirá a efetivação da medida de deportação (art. 51, da Lei nº 13.445/2017);

• expulsão: no processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa. A Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído (art. 58, caput e § 1º, da Lei nº 13.445/2017).

Apesar de a Lei sugerir a notificação compulsória da Defensoria em todos os procedimentos das referidas medidas de retirada compulsória, exceto se já houver defensor constituído, criando certa presunção legal de hipossuficiência, entendemos que essa obrigatoriedade de notificação deverá se dar apenas nos casos de migrante ou visitante necessitados, na forma do inciso art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

Essa perspectiva parece encontrar fundamento no Capítulo I, Seção II, da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que garante ao migrante, no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como, dentre outros direitos, o amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

12.5.13 Algumas questões já decididas pela jurisprudência do STF e do STJ

12.5.13.1 A indispensabilidade do concurso público para ingresso na carreira

O art. 134, § 1º, da CF/1988 (renumerado pela EC nº 45/2004), estabelece a necessidade de concurso público de provas e títulos para o ingresso na carreira, devendo apenas ser observado o art. 22, do ADCT, que assegura aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, independentemente, para essa situação específica, da forma de investidura,[110] com a observância das garantias e vedações previstas no referido art. 134, § 1º, da CF/1988.

[110] "Este Tribunal, interpretando o art. 22, do ADCT, entendeu que servidores investidos na função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte têm direito à opção pela carreira, independentemente da forma da investidura originária, desde que cumpridos os requisitos definidos pelo texto constitucional. Precedentes. As Constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade

Com base nessas regras, qualquer outra forma de investidura na carreira sem concurso público deverá ser refutada, sendo inconstitucionais as leis que assim estabelecerem (cf. art. 5º, caput; 37, caput, II e V, da CF/1988, e precedentes do STF: ADI 1.267/AP, Rel. Min. Eros Grau, 2004 (Inf. 363/STF); ADI 1.219-MC/PB (DJU de 31.03.1995); ADI 2.125-MC/DF (DJU de 2000); ADI 1.500/ES (DJU de 2002); ADI 2.229/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, 2004) etc.

12.5.13.2 Servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no "exercício regular" de suas funções tem direito à "assistência judiciária" do Estado? Essa atribuição pode ser destinada à Defensoria Pública Estadual?

O STF entendeu, ao apreciar o art. 45 da CE-RS ("o servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado"), que referida regra "... não viola a da CF/1988, uma vez que apenas outorga, de forma ampla, um direito funcional de proteção do servidor que, agindo regularmente no exercício de suas funções, venha a ser processado civil ou criminalmente...".

Contudo, "... em relação à alínea "a", do Anexo II, da LC nº 10.194/1994-RS, que definia como atribuição da Defensoria Pública estadual a assistência judicial aos servidores processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais, o STF [...] considerou-se que a norma ofendia o art. 134, da CF/1988, haja vista alargar as atribuições da Defensoria Pública estadual, extrapolando o modelo institucional preconizado pelo constituinte de 1988 e comprometendo a sua finalidade constitucional específica". Nesse ponto, "... por maioria, atribuiu-se o efeito dessa decisão a partir do dia 2004, a fim de se evitar prejuízos desproporcionais decorrentes da nulidade *ex tunc*, bem como permitir que o legislador estadual disponha adequadamente sobre a matéria" (ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18.08.2004 – Inf. 355/STF).

Assim, a chamada "assistência judiciária", em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções, está reconhecida pelo STF, mas desde que prestada pelo Procurador de Estado,[111] e não pelo Defensor Público estadual, sob pena de violar a finalidade constitucional específica da Defensoria, que é a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

---

admitida pelo art. 22 do ADCT" (ADI 3.603, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006, Plenário, DJ de 2007). No mesmo sentido: ADI 1.199, ADI 112, ADI 175, RE 161.712-ED, AI 407.683-AgR etc.

[111] Até porque é o Procurador do Estado quem tem a função de representar o Estado e, assim, se no exercício regular de direito, parece razoável que o Estado tenha o interesse de "defender" o ato praticado por seu servidor, que, no fundo, acaba sendo um ato inerente ao próprio Estado.

A título de conhecimento, cabe lembrar que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) prescrevia a atuação preferencial da Defensoria Pública para a defesa de servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144, da CF/1988, que figurassem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto fosse a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23, do CP, caso o investigado não constituísse defensor depois de intimado.

O art. 14-A, § 3º, CPP, (vetado), prescrevia, ainda, que, nos locais em que a Defensoria Pública não estivesse instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deveria disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

Os art. 14-A, § 3º ao § 5º, do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, contudo, foram vetados pelo Presidente da República (Mensagem 726/2019), tendo sido apresentadas as seguintes razões, na linha da jurisprudência acima citada: "a propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, LXXIV, c/c o art. 134, art. 131 e art. 132, da CF/1988, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022)".

A regra acima indicada do art. 14-A, CPP (que foi direcionada para os servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144, da CF/1988), foi reproduzida, nos mesmos termos, assim como os vetos apresentados nas mesmas condições e sob as mesmas fundamentações, no art. 16-A, do CPPM, para os casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, assim como servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142, da CF/1988, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia, da Lei e da Ordem, figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos art. 42 ao art. 47, do DL nº 1.001/1969 (Código Penal Militar).

Naturalmente, se o servidor comprovar "insuficiência de recursos", poderá requerer o patrocínio da Defensoria. O que não se admite é a generalização da regra para todo servidor público conforme objetivava a lei.

12.5.13.3 Prazo em dobro e intimação pessoal: Prerrogativas da Defensoria Pública. A questão da regra do prazo em dobro para o processo penal. "Lei ainda constitucional"

Nos termos dos art. 44, I, art. 89, I e art. 128, I, da LC nº 80/1994, é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição,[112] contando-se-lhes em dobro todos os prazos, regra esta também prevista no art. 186, caput e § 1º, CPC.[113]

Para o processo civil, a regra não sofreu nenhuma repreensão por parte do STF, até porque há equivalente para o MP e a Fazenda Pública nos termos do art. 188, do CPC/1973 (o novo CPC estabeleceu para o Ministério Público – art. 180, do CPC, para a Advocacia Pública – art. 183, do CPC e para a Defensoria Pública – art. 186, do CPC, a regra do prazo em dobro para todas as manifestações processuais, não se falando mais em prazo em quádruplo para contestar, conforme previsto no art. 188, do CPC/1973).

Mas, para o processo penal, no que tange ao prazo em dobro, na medida em que o MP não goza de tal prerrogativa, questionou-se se, de fato, a regra poderia ser estabelecida para a Defensoria Pública quando atua como defensora de acusação formulada pelo MP, especialmente em face dos princípios da isonomia e do devido processo legal.

O STF, ao examinar o tema do prazo em dobro para o processo penal, entendeu que referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale. Trata-se do que já estudamos e chamamos de "lei ainda constitucional", ou "lei em trânsito para a inconstitucionalidade", ou "inconstitucionalidade progressiva" (item 6.7.1.6, em que analisamos o precedente do HC 70.514).

Assim, o prazo em dobro para o processo penal só valerá enquanto a Defensoria Pública ainda não estiver eficazmente organizada. Quando tal se verificar, a regra tornar-se-á inconstitucional.

---

[112] A prerrogativa da intimação pessoal foi reconhecida pelo STF inclusive para a intimação de acórdão proferido em *habeas corpus* pelo STJ – Inf. 276/STF, tendo sido citados os seguintes precedentes: HC 79.954-SP (DJU de 2000); HC 80.103-RJ (DJU de 2000); HC 80.104-RJ (DJU de 2002). HC 81.958-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2002. Em sentido contrário: HC 77.385-MG (DJU de 1999) e HC 68.884-PR (DJU de 1993). HC 79.866-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2000. Há precedentes das Turmas do STF, no sentido de que a não observância da prerrogativa da intimação pessoal da Defensoria Pública deve ser suscitada na primeira oportunidade a falar nos autos, sob pena de preclusão (cf. HC 133.476, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2016, 2ª T.; HC 102.077/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., DJE de 2014).

[113] Em relação ao rito específico dos Juizados, confira regras apresentadas no item 6.7.1.6.1.1.

Isso significa que referida regra poderá ser "ainda constitucional" em determinado Estado, que está implementando a Defensoria, mas inconstitucional em outro, que já eficazmente instalou a Defensoria.

12.5.13.4 As prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal valem para Procuradores do Estado no exercício da assistência judiciária, como foi o caso de São Paulo?

Conforme vimos, os art. 44, I, art. 89, I e art. 128, I, da LC nº 80/1994 fixaram como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhes em dobro todos os prazos, regra também prevista no art. 186, caput e § 1º, do CPC.

O art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950 (acrescentado pela Lei nº 7.871/1989), por sua vez, estabeleceu que nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

Assim, o STF decidiu que "aos procuradores dos Estados no exercício de assistência judiciária é reconhecida a prerrogativa do recebimento de intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição (art. 128, I, da LC 80/1994), porquanto investidos na função de defensor público" (Inf. 251/STF).[114]

12.5.13.5 As prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal valem para os advogados dativos?

O candidato estudioso e os advogados devem ficar bem atentos neste ponto, em relação aos advogados dativos, na medida em que inexiste vínculo estatal, diferentemente do que acontece com os Procuradores do Estado ou com quem exerce cargo (público) equivalente.

Pedimos vênia, aqui, para transcrever texto publicado no Inf. 219/STF que reproduz o entendimento do STF em um primeiro momento: "não se estendem aos defensores dativos as prerrogativas processuais da intimação pessoal e do prazo em dobro asseguradas aos defensores públicos em geral e aos profissionais que atuam nas causas patrocinadas pelos serviços estaduais de assistência judiciária (Lei nº 7.871/1989 e LC nº 80/1994) [...].

---

[114] Cf. precedentes citados: HC 73.310-SP (DJU de 1999) e HC 79.867-RS (DJU de 2000). HC 81.342-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2001. Em relação aos Juizados Especiais, cf. itens 12.3.7.9 e 12.5.13.6.

Precedentes citados: Pet 932-SP (DJU de 1994) e AG 166.716-RS (DJU de 1995). CR (AgRg-AgRg) 7.870 – Estados Unidos da América, Rel. Min. Carlos Velloso, 2001. (CR-7870)".

No STJ, a 3ª Seção e as 3ª, 4ª, 5ª e 6ª Turmas assim se posicionaram, mas apenas em relação ao prazo em dobro: "a contagem em dobro dos prazos processuais, prevista no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950, somente é aplicável nos feitos em que atue Defensor Público ou integrante do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo nessa condição o defensor dativo e o advogado particular, mandatário de beneficiário da justiça gratuita".

No tocante à intimação pessoal em matéria penal, cuidado. A regra é nova, superando o entendimento anterior do STF. Mas, vejam, em relação, somente, à intimação pessoal.

Para saber se o dativo tem direito à intimação pessoal, devemos analisar qual o momento do ato. Se a intimação se deu antes, da Lei nº 9.271/1996, que incluiu o art. 370, § 4º, do CPP, vale a regra citada no Inf. 219/STF, qual seja, a inexistência do direito à intimação pessoal para o dativo. Por outro lado, se a intimação se deu após o advento da referida lei, o dativo deve ser intimado pessoalmente.[115]

"A partir da edição, da Lei nº 9.271/1996, que incluiu o art. 370, § 4º, do CPP, os defensores nomeados, dentre os quais se inclui o defensor dativo, passaram também a possuir a prerrogativa da intimação pessoal. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia a anulação de ação penal, em virtude da ausência de intimação pessoal de defensor dativo para o julgamento de apelação. Sustentava-se, na espécie, a obrigatoriedade dessa intimação, sob o argumento de que a Lei nº 1.060/1950 não fez distinção entre defensores dativo e público. Considerando que, no caso, a intimação do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação ocorrera via publicação no Diário de Justiça, em data anterior ao advento da mencionada Lei nº 9.271/1996, entendeu-se incidente o princípio do *tempus regit actum*, a afastar a exigência legal. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, tendo em conta a peculiaridade da inexistência, à época, de defensoria pública no Estado de São Paulo, deferia o mandado para tornar insubsistente o julgamento da apelação, determinando que outro se realizasse com a intimação pessoal do defensor dativo, ao fundamento de que a Lei nº 1.060/1950 previa não só a intimação do próprio defensor público, como também daquele que atuasse em sua substituição. Precedente citado: HC 89.315/SP (DJU de 2006). HC 89.710/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2006" (Inf. 452/STF).

Assim, como anota o Ministro Lewandowski, no precedente da matéria (HC 89.315), "... com o advento da Lei nº 9.271/1996, que incluiu o art. 370, § 4º, do CPP, tornou-se obrigatória a intimação pessoal dos defensores nomeados, sejam eles defensores públicos, procuradores da assistência judiciária ou defensores dativos" (j. 2006, DJ de 2006).

---

[115] Art. 370, § 4º, do CPP: "A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".

Resumindo, ao advogado dativo, de acordo com o entendimento do STF:

• não há a prerrogativa do prazo em dobro;

• em relação à intimação pessoal em matéria penal, depende do momento do ato (*tempus regit actum*). Se a intimação se deu antes, da Lei nº 9.271/1996, que incluiu o art. 370, § 4º, do CPP, não há a prerrogativa da intimação pessoal para o dativo;[116]

• contudo, se a intimação está sendo realizada (em matéria penal) após o advento, da Lei nº 9.271/1996, o advogado dativo deve ser intimado pessoalmente, nos termos do art. 370, § 4º, do CPP.

12.5.13.6 As prerrogativas do prazo em dobro e intimação pessoal para a Defensoria Pública aplicam-se ao rito especial dos Juizados?

Não.

Em observância aos princípios da celeridade, isonomia e especialidade, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais junto ao Conselho da Justiça Federal entendeu que o prazo em dobro para a Defensoria Pública não se aplica ao rito dos juizados especiais.[117]

"No pedido de uniformização, a Turma Nacional não acatou a tese da DPU relativa ao prazo privilegiado, considerando que o fato de a Lei Complementar conferir a prerrogativa de prazo em dobro para os defensores públicos não autoriza a Turma Nacional a privilegiá-los no âmbito dos Juizados Especiais Federais, uma vez que os Juizados são guiados pelo princípio da isonomia entre as partes. O art. 9º, da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, diz que nenhuma pessoa jurídica de Direito Público goza de prazos privilegiados".[118]

---

[116] Nesse sentido: "não é nulo o julgamento de apelação sem a intimação pessoal de defensor dativo, nos casos anteriores à entrada em vigor, da Lei 9.271/1996" (RHC 88.512, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010, 2ª T. DJE de 2010).

[117] O art. 14, caput, da Lei nº 10.259/2001 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) estabelece que caberá pedido de uniformização de interpretação de Lei Federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. O Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais está disciplinado na Res. nº 22/2008-CJF. Referida resolução pode ser encontrada no site do Conselho da Justiça Federal.

[118] Notícias STJ, 2004, relatando o desfecho do Processo nº 2003.40.00.706363-7. O referido recurso foi julgado em 2004, tendo sido interposto recurso para o STJ e o STF. Assim, devemos acompanhar, já que se trata de decisão da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais, e não de decisão pacificada dos Tribunais Superiores. Provavelmente referido recurso especial não será conhecido, tendo em vista o teor da S. 203/STJ (com a redação fixada no julgamento do AgRg no Ag 400.076-BA, na sessão de 2002): "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais". Em relação ao RExtr, o STF já se posicionou sobre a questão da intimação pessoal; vamos aguardar em relação ao prazo em dobro.

O STF, por seu turno, em relação à intimação pessoal, já se posicionou: "é dispensável, no âmbito dos juizados especiais, a intimação pessoal das partes, inclusive do representante do Ministério Público e defensores nomeados, bastando que a mesma se faça pela imprensa oficial. Afasta-se, dessa forma, o art. 370, § 4º, do CPP, para a aplicação, com base no princípio da especialidade, do art. 82, § 4º, da Lei nº9.099/1995 ("as partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa")...".[119]

Nessa linha, o art. 7º, da Lei nº 12.153/2009, que institui os Juizados Especiais da Fazenda Pública, estabelece que não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 dias.

12.5.13.7 Como ficou a prerrogativa do prazo em dobro e da intimação pessoal no CPC? Houve previsão explícita para os escritórios de prática jurídica das faculdades de direito reconhecidas na forma, da Lei e para as entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública?

Conforme vimos, de acordo com o art. 186, do CPC, a Defensoria Pública goza de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, tendo início com a intimação pessoal do defensor público por carga, remessa ou meio eletrônico (art. 183, § 1º, do CPC).

Importante inovação está prevista no art. 186, § 4º, do CPC, ao estabelecer, sob a perspectiva da isonomia, que a prerrogativa do prazo em dobro aplica-se também aos escritórios de prática jurídica das faculdades de direito reconhecidas na forma, da Lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.[120]

Veja que a regra introduzida estende apenas a prerrogativa do prazo em dobro, não fazendo distinção entre faculdades de direito públicas ou privadas.

---

[119] Inf. 362/STF, 2004. Precedentes citados: HC 71.642/AP (DJU de 1994); HC 81.281/MS (DJU de 2002); HC 81.446/RJ (DJU de 2002).

[120] Conforme anotou Scarpinella Bueno, "a previsão de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para este fim, constante do Projeto do Senado, acabou sendo eliminada na última etapa dos trabalhos legislativos" (BUENO, Cassio Scarpinella: *Novo código de processo civil anotado*).

12.5.13.8 Defensor público pode exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais?

Não.

De acordo com o art. 134, § 1º, da CF/1988, Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.[121]

Resumindo, o defensor público só pode advogar para cumprir a sua missão constitucional, que é a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

E como ficam os defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte? Em relação a eles, também, está vedada a advocacia fora de suas atribuições institucionais, nos termos do art. 22, do ADCT, que assegura a opção pela carreira da Defensoria desde que se observem as garantias e vedações previstas no art. 134, § 1º, da CF/1988. Como vedação, portanto, está a proibição de prestar o serviço de advocacia fora dos ditames constitucionais.

12.5.13.9 Inconstitucionalidade progressiva – art. 68 do CPP – "Lei ainda constitucional"

Conforme vimos ao estudar o assunto (item 6.7.1.6.1.2), a atribuição de legitimidade ao MP para o ajuizamento de ação civil *ex delicto*, em tese, violaria a finalidade específica da Defensoria Pública, que tem a missão constitucional de defesa dos necessitados, na forma, da Lei.

A Defensoria Pública, no entanto, em muitos Estados, ainda está em vias de efetiva implementação.

---

[121] "Por entender caracterizada a ofensa ao art. 134, da CF/1988, que veda aos membros da Defensoria Pública o desempenho de atividades próprias da advocacia privada, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade do art. 137, da LC nº 65/2003-MG, que permite que os defensores públicos exerçam a advocacia fora de suas atribuições institucionais até que sejam fixados os subsídios dos membros da carreira. Afastou-se, ainda, o argumento de se inferir, da interpretação sistemática do art. 134 c/c o art. 135 e o art. 39, § 4º, da CF/1988, que o exercício da advocacia pelos defensores públicos estaria proibido apenas após fixação dos respectivos subsídios, visto que tal assertiva conduziria à conclusão de que a vedação trazida pelo art. 134, da CF/1988, texto normativo constitucional originário, teria sido relativizada com a EC nº 19/1998, que introduziu o art. 135 e o art. 39, § 4º, da CF/1988. Asseverou-se, ainda, a vigência, da LC nº 80/1994 – que organiza a Defensoria Pública da União, do DF e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados-membros – que também prevê a aludida vedação. ADI 3.043/MG, Rel. Min. Eros Grau, 2006" (Inf. 424/STF).

Assim, o STF vem decidindo, de maneira acertada, que o art. 68, do CPP é uma Lei "ainda constitucional" e que está em trânsito, progressivamente, para a inconstitucionalidade, à medida que as Defensorias Públicas forem, efetiva e eficazmente, sendo instaladas.[122]

Vale dizer, instalada eficazmente a Defensoria, a ação não mais poderá ser ajuizada pelo MP, devendo ser assumida pelo defensor, inclusive, em nossa opinião, em processos que estiverem em curso.

12.5.13.10 A Defensoria Pública pode propor ação civil pública?

Sim.

A Lei nº 11.448/2007, ao alterar o art. 5º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), legitimou a Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública.

A ampliação da legitimação ativa foi questionada no STF pela CONAMP, na ADI 3.943, por supostamente contrariar o art. 5º, LXXIV, e o art. 134, caput, da CF/1988, em sua redação original, antes, da EC nº 80/2014.

A ação foi proposta em 2007 e julgada em 2015, praticamente 8 anos depois.

A Corte, por unanimidade (8 x 0), julgou improcedente o pedido, declarando, assim e acertadamente, a constitucionalidade, da Lei nº 11.448/2007.

Devemos lembrar que a LC nº 132/2009 introduziu importantes regras à LC nº 80/1994, reforçando e ampliando a atribuição destinada à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública (cf. art. 1º, LC nº 80/1994 – cuja redação agora está no art. 134, caput, da CF/1988, introduzido pela EC nº 80/2014, art. 4º, VII, VIII e XI, art. 15-A; art. 106-A, da CF/1988 etc.).

Em sustentação oral por nós realizada em nome da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, apresentamos uma preliminar de prejudicialidade da ADI por não ter havido o aditamento da petição inicial em razão do advento da referida Lei Complementar que, em nosso entender, revogou o art. 5º, II, da LACP, mas essa tese só foi admitida pelo Ministro Teori Zavascki.

No mérito, na linha do que defendemos, a Corte reconheceu com muita propriedade a legitimação da Defensoria Pública, seja pelo contexto do processo coletivo e das novas perspectivas lançadas pelas necessidades da sociedade de massa, seja em razão da regra do art. 129, § 1º, da CF/1988, ao prescrever que a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis (e, no caso, da ação civil pública para proteção do patrimônio

[122] Nesse sentido: "esta Corte firmou entendimento segundo o qual o Ministério Público do Estado de São Paulo tem legitimidade para ajuizar ação em favor dos hipossuficientes até que a Defensoria Pública estadual tenha plena condição de exercer seu múnus" (RE 432.423, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 07.10.2005). Cf., ainda, RE 135.328 e RE 147.776.

público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos – art. 129, III, da CF/1988) não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na Lei.

E foi em razão dessa abertura (não exclusividade do Ministério Público) que o legislador, de maneira acertada, prescreveu a legitimação ativa também para a Defensoria Pública: o art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública estabelece uma legitimação extraordinária (haverá substituição da coletividade), autônoma (a presença do legitimado ordinário quando identificado é totalmente dispensada), concorrente (em relação aos representantes adequados entre si que concorrem em igualdade para a propositura da ação civil pública) e disjuntiva (qualquer legitimado poderá propor a ação sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio eventualmente formado sempre facultativo).

Não haveria sentido prever a possibilidade de defesa individual ("atomizada") e não a admitir de modo coletivo ("molecularizada"), com todas as vantagens do processo coletivo. Como se sabe, essa ampliação agora está expressa no art. 134, caput, da CF/1988, na redação bastante adequada trazida pela EC nº 80/2014 (não estamos sugerindo uma suposta constitucionalidade superveniente em razão, da EC nº 80/2014 na medida em que a redação original dava guarida às regras trazidas pela Lei ao se remeter ao art. 5º, LXXIV, da CF/1988, que assegura a assistência jurídica integral, abarcando, então, a tutela coletiva).

O Ministro Teori Zavascki, bem como os Ministros Lewandowski e Barroso chegaram a apontar os parâmetros estabelecidos no art. 5º, LXXIV, da CF/1988, que estabelece ser dever do Estado prestar a assistência jurídica, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, não poderia a Defensoria Pública defender apenas interesses de pessoas que não necessitam dos seus serviços por poderem contratar um advogado.

Apesar desse limite, não haveria qualquer problema em se propor a ação civil pública e, reflexamente, o seu resultado também beneficiar os que não são necessitados.

Nesse sentido, destacamos o art. 4º, VII, da LC nº 80/1994 (introduzido pela LC nº 132/2009), ao estabelecer ser função institucional da defensoria pública, entre outras, a de promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.[123]

Essa situação, sem dúvida, será observada especialmente quando o objetivo da demanda for interesse ou direito difuso, assim entendido, para efeitos do Código de Defesa

[123] Devemos estar sempre preocupados com o aforismo que se tornou um alerta quando se trata da problemática do acesso à Justiça: "*In England, justice is open to all, like the Ritz Hotel*" – "Na Inglaterra, a Justiça está aberta a todos, como o Ritz Hotel" – hotel de luxo (James Mathew 1830-1908, citado em R. E. Megarry Miscellany-at-Law, 1955).

do Consumidor, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, do CDC).

Como exemplo, imaginemos que a Defensoria Pública firme um termo de ajustamento de conduta com uma empresa de ônibus para que o ponto final da linha seja próximo da penitenciária, e não a 5 km de distância. Esse acordo beneficiará não só hipossuficientes, mas, também, todos que pegarem aquela linha de ônibus. A extensão é uma decorrência da indivisibilidade do objeto da demanda. Não significa estar a Defensoria litigando em nome de não necessitados.

Podemos pensar, ainda, em um termo de ajustamento de conduta visando facilitar a gratuidade do transporte público para as pessoas com deficiência física. Ainda, uma ação civil pública objetivando a melhoria de posto de saúde, ou a manutenção do FIES (em um contexto de proteção ao direito fundamental à educação), ou a suspensão do aumento da passagem de ônibus em determinado município, ou a ação contra uma empresa poluente, com o objetivo de proteção ambiental, ou uma ação objetivando a garantia de fornecimento de água para uma comunidade inteira, ou, ainda, para garantia aos presos de determinada região de condições adequadas de higiene, limpeza, alimentação etc.[124]

Em todas essas situações, o resultado da demanda, além de beneficiar pessoas hipossuficientes, também poderá produzir efeitos em relação àqueles que não são necessitados. Estamos diante daquilo que a doutrina norte-americana chamou de *free rider*, ou seja, o "carona",[125] que também se beneficiará com o resultado da demanda. Essa consequência prática não afronta a Constituição, mas, como visto, decorre da natureza jurídica do objeto (indivisibilidade dos direitos ou interesses difusos).

Nesse sentido decidiu o STF no julgamento do RE 733.433, ou seja, mesmo que a tutela coletiva possa, eventualmente, atingir pessoas não necessitadas, desde que estejam presentes interesses da população necessitada, a Defensoria Pública será legitimada. Naturalmente, a execução individual da sentença coletiva pela Defensoria só poderá ser realizada em nome de pessoas hipossuficientes.

Dessa forma, no referido julgado, o Tribunal, apreciando o tema 607 da repercussão geral, firmou a seguinte tese: "a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que

---

[124] Para aprofundamento dos exemplos, sugerimos a análise dos I e II Relatórios Nacionais de Atuações Coletivas da Defensoria Pública, elaborados pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP (2013 e 2015).

[125] Como bem lembrou Benjamin, a ideia do "carona" (*free rider*) quer significar a situação em que alguém "... sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado – reflexa e gratuitamente – de atividade alheia. Veja-se a hipótese de algumas pessoas, todas morando às margens de um lago, que resolvem investir maciçamente na sua despoluição. No instante em que suas águas cristalinas estejam de volta, ninguém pode impedir que outros cidadãos (os moradores das ruas interiores) passem a ser beneficiados – reflexa e gratuitamente – pelo esforço daquele grupo de cidadãos operosos. A se negar o benefício a um cidadão apenas – provocando-se nova poluição, por exemplo – todos sofrem concomitantemente, a mesma exclusão" (cf., MCKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon: *Modern political economy*).

sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas" (ARE 690.838, reautuado como RE 733.433, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2015, DJE de 2016).

12.5.13.11 O Defensor Público pode receber honorários advocatícios? Como ficou no CPC?

Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública é vedado, segundo a Lei orgânica, receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições.

Porém, nos termos do art. 4º, XXI, da LC nº 80/1994, introduzido pela LC nº 132/2009, são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, reservando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Cabe alertar que, em 2010, a Corte Especial do STJ editou a Súmula 421, que tem o seguinte teor: "os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".

Com todo o respeito, não concordamos com essa orientação, especialmente porque, em razão das reformas constitucionais (EC nº 45/2004, EC nº 69/2012 e EC nº 74/2013), as Defensorias Públicas passaram a ter ampla autonomia funcional, administrativa e financeira.

A regra da LC nº 80/1994 parece bastante razoável sobretudo porque os honorários advocatícios, que são devidos em razão da condenação nas verbas sucumbenciais, não sairão de "um bolso" para voltar para "o mesmo bolso". A destinação do dinheiro será para fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao seu aparelhamento e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Portanto, mais uma vez, não concordamos com a posição do STJ. Essa nossa crítica ganha força a partir de importante decisão proferida pelo pleno do STF, que reconheceu, expressamente, a possibilidade de honorários advocatícios em favor da DPU, mesmo na hipótese de ação promovida em face da União (AR 1.937 AgR, j. 2017).

Esse entendimento encontra fundamento na incontestável premissa e reconhecimento da autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, além da iniciativa de sua proposta orçamentária, conforme decidiu o STF no julgamento da ADPF 339, estabelecendo a seguinte tese: "é dever constitucional do Poder Executivo o repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CF/1988), da integralidade dos recursos

orçamentários destinados a outros Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme previsão da respectiva Lei Orçamentária Anual" (Rel. Min. Fux, j. 2016, DJE de 2016).

Finalmente, conforme já alertamos (item 12.3.10), o art. 85, § 19, do CPC, estabelece que "os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos, da Lei".

De acordo com o art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

A regra, do CPC, portanto, reforça o entendimento exposto, já que a nova Lei processual delega a previsão e regulamentação para a lei, no caso, o art. 4º, XXI, da LC nº 80/1994.

12.5.13.12 O Defensor Público tem poder de requisição?

A questão foi examinada pelo STF no julgamento da ADI 230/RJ (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, DJE de 2014), relativa à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia ser prerrogativa do Defensor Público requisitar, administrativamente, de autoridade pública e dos seus agentes ou de entidade particular: certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições.

Essa previsão, aliás, está explicitada em diversas passagens da LC nº 80/1994, destacando-se:

• art. 8º, XVI, da LC nº 80/1994: atribuição do Defensor Público-Geral Federal;

• art. 8º, XIX, da LC nº 80/1994: atribuição do Defensor Público-Geral Federal – nesse ponto avançando ao se referir à requisição de força policial;

• art. 44, X, da LC nº 80/1994: prerrogativa dos membros da Defensoria Pública da União;

• art. 56, XVI, da LC nº 80/1994: atribuição do Defensor Público-Geral do Distrito Federal e dos Territórios;

• art. 89, X, da LC nº 80/1994: prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

• art. 128, X, da LC nº 80/1994: prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Estado.

O STF, contudo, ao analisar a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, entendeu ser o referido poder de requisição inconstitucional por estarem sendo conferidas "... ao defensor

público prerrogativas que implicariam, além de interferência em outros poderes, prejuízo na paridade de armas que deve haver entre as partes" (Inf. 573/STF), havendo "exacerbação das prerrogativas asseguradas aos demais advogados".

Conforme noticiado, "seguiu-se um debate sobre a interpretação conforme, com a preocupação de não se criar um "superadvogado", com "superpoderes", o que quebraria a igualdade com outros advogados, que precisam ter certos pedidos deferidos pelo Judiciário" (Notícias STF, 2010).

Essa deve ser a tendência para a solução dos dispositivos da LC nº 80/1994 que fixam a prerrogativa de requisição no mesmo sentido.

12.5.13.13 Defensores Públicos têm prerrogativa de foro por eventual crime praticado?

Não.

O STF, por 7 X 2, julgou procedente o pedido formulado na ADI 2.553 para declarar a inconstitucionalidade do art. 81, IV, da CE-MA, que estabeleceu a prerrogativa de foro para os membros das Procuradorias Gerais dos Estados, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública, bem como para os Delegados de Polícia (j. 2019).

Conforme estabeleceu o Ministro Relator Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, as regras especiais sobre prerrogativa de foro, para todos os níveis (federal, estadual, distrital e municipal), estão previstas na Constituição Federal. Não se pode, portanto, interpretar o art. 125, § 1º, da CF/1988, como um "cheque em branco" para o constituinte estadual, sendo, portanto, inviável a aplicação do princípio da simetria.

12.5.13.14 A Defensoria Pública Estadual e a Distrital podem atuar nos Tribunais Superiores?

Sim.

A questão foi discutida pelo STF, que entendeu não haver exclusividade da Defensoria Pública da União de atuação em Tribunais Superiores, como, no caso, no STJ.[126]

Isso porque, nos termos do art. 106, caput, e parágrafo único, da LC nº 80/1994, a Defensoria Pública do Estado prestará assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado, competindo-lhe interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.

---

[126] HC 92.399, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, 1ª T., DJE de 2010.

Esse entendimento, bem como a previsão normativa, encontram fundamento no art. 134, caput, da LC nº 80/1994, que não faz qualquer distinção entre a Defensoria Pública da União e as dos Estados e do DF, quando lhes incumbe a atuação em todos os graus, judicial e extrajudicialmente.

12.5.13.15 É constitucional a imposição por ato normativo da obrigatoriedade de convênio a ser firmado entre a Defensoria Pública e a OAB, para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita?

Não.

De acordo com a decisão do STF, "é inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público" (ADI 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2012, Plenário, DJE de 2013).

No mais, é de destacar, na linha dos argumentos expostos pelos Ministros, que a regra primordial para a prestação dos serviços de assistência, haja vista ser atividade estatal, essencial e permanente, é a do concurso público, admitindo-se a situação dos não concursados em caráter excepcional e de modo temporário.

Assim, está autorizada, sem obrigatoriedade, necessidade ou exclusividade, a celebração, pela Defensoria, a seu critério e em virtude de sua autonomia administrativa e funcional, de convênio com a OAB.

Não se pode confundir tal autorização com a prestação dos serviços exclusivamente em razão de convênio firmado com a OAB.

Em caso concreto, no Estado de Santa Catarina, a assistência era prestada pelo intitulado serviço de "defensoria pública dativa", não se utilizando da parceria de forma suplementar ou para suprir eventuais carências, já que a carreira não estava instituída.

Diante dessa situação extrema, o STF, no julgamento das ADIs 3.892 e 4.270 (j. 2012), nulificou as leis estaduais que davam amparo a essa sistemática, admitindo a continuidade dos serviços que estavam sendo prestados pelo prazo máximo de 1 ano da data do julgamento da ação (modulação dos efeitos da decisão), sendo que, ao final, deveria estar em

funcionamento órgão estadual de defensoria pública, estruturado de acordo com a Constituição e em estrita observância à LC nº 80/1994.[127]

[127] Cabe lembrar que o Edital nº 1/2012, publicado em 2012, abriu inscrições para o 1º Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso na carreira de Defensor Público do Estado de Santa Catarina, para o provimento de cargos da Classe inicial da Carreira de Defensor Público do Estado de Santa Catarina – Terceira Categoria, homologado em 2013. Ainda, interessante acompanhar a Rcl 16.034 ajuizada em 2013 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), em que se alega descumprimento de decisão da Suprema Corte, pois a Lei Complementar estadual fez previsão de apenas 60 cargos para uma demanda total de 509 cargos necessários no Estado, de acordo com estudo constante do Mapa da Defensoria Pública do Brasil, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). O Rel. Min. Celso de Mello, em 2013, negou o pedido de liminar (DJE de 2014).

13 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Sumário: 13.1 Sistema Constitucional das Crises 13.2 Estado de Defesa (CF/1988) 13.3 Estado De Sítio (CF/1988) 13.4 Disposições Comuns aos Estados de Defesa e de Sítio 13.5 Quadro Comparativo Entre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (CF/1988) 13.6 Forças Armadas 13.7 Segurança Pública 13.8 Polícias dos Municípios 13.9 Segurança Viária. Carreira dos Agentes de Trânsito. EC nº *82/2014*

13.1 Sistema Constitucional das Crises[1]

13.1.1 Noções introdutórias

Destacam-se no tema da "defesa do Estado e das instituições democráticas" dois grupos: a) instrumentos (medidas excepcionais) para manter ou restabelecer a ordem nos momentos de anormalidades constitucionais, instituindo o sistema constitucional de crises, composto pelo estado de defesa e pelo estado de sítio (legalidade extraordinária); b) defesa do País ou sociedade, através das Forças Armadas e da segurança pública.

A defesa do Estado pode ser entendida como: a) defesa do território nacional contra eventuais invasões estrangeiras (art. 34, II, e art. 137, II, da CF/1988); b) defesa da soberania nacional (art. 91, da CF/1988); c) defesa da Pátria (art. 142, da CF/1988).[2]

A defesa das instituições democráticas caracteriza-se como o equilíbrio da ordem constitucional, não havendo preponderância de um grupo sobre outro, mas, em realidade, o equilíbrio entre os grupos de poder. Se a competição entre os grupos sociais extrapola os limites constitucionais, teremos o que a doutrina denomina situação de crise.[3]

Assim, ocorrendo qualquer violação da normalidade constitucional, surge o denominado sistema constitucional das crises, definido por Aricê Amaral Santos como "... o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional".[4]

José Afonso da Silva observa que o sistema constitucional das crises fixa "... normas que visam à estabilização e à defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também à defesa do Estado quando a situação

---

[1] Sobre o sistema constitucional das crises, há um interessante trabalho de FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Sistema constitucional das crises*.

[2] Cf. SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[3] *Ibid.*

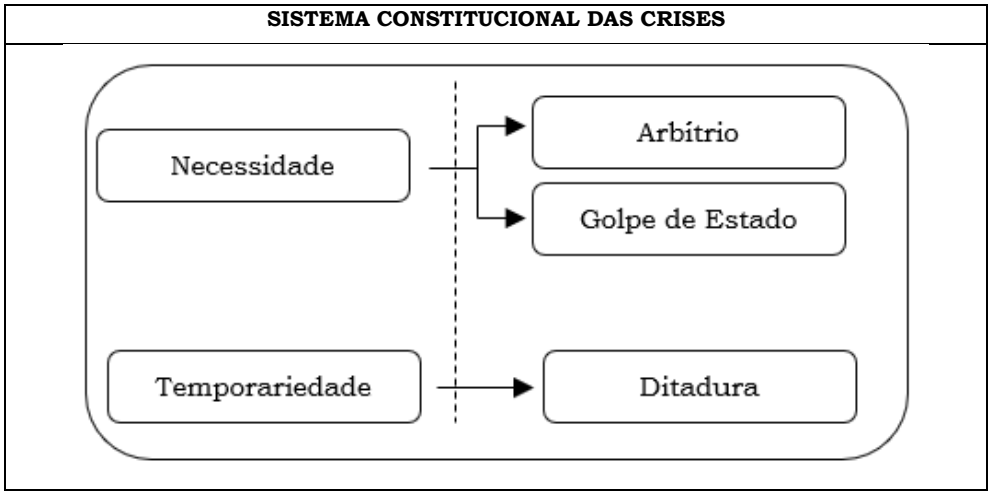
[4] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral: *O estado de emergência.* (grifamos)

crítica derive de guerra externa. Então, a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção".[5]

Celso de Mello, por sua vez, observa que "esse sistema de legalidade extraordinária investe o Presidente da República no exercício dos poderes de crise (definido anteriormente pelo autor como "limitações constitucionais às liberdades públicas"), taxativamente enumerados no texto constitucional".[6]

Diante das crises, portanto, existem mecanismos constitucionais para o restabelecimento da normalidade, quais sejam, a possibilidade de decretação do estado de defesa, do estado de sítio e o papel das Forças Armadas e das forças de segurança pública (Título V, da CF/1988).

Referidos mecanismos devem, contudo, como apontou Aricê Amaral Santos, respeitar o princípio da necessidade, sob pena de configurar arbítrio e verdadeiro golpe de estado, bem como o princípio da temporariedade, sob pena de configurar verdadeira ditadura.



Walter Claudius Rothenburg, por sua vez, em importante estudo, destaca características dos estados de exceção constitucional e que serão observadas nos itens 13.2, 13.3 e 13.4 deste nosso estudo, destacando-se:[7]

• excepcionalidade: a decretação dos estados de defesa e de sítio deve se dar em último caso, quando não existirem outras medidas mais adequadas e menos gravosas para enfrentar a crise;

• taxatividade: os pressupostos materiais para a decretação devem ser apenas aqueles indicados na Constituição;

• temporariedade (transitoriedade): a legalidade extraordinária não pode ser perpetuada no tempo;

---

[5] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[6] MELLO FILHO, José Celso de: *Constituição Federal anotada.*

[7] ROTHENBURG, Walter Claudius em seus comentários aos art. 136 ao art. 141 em CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil.*

• determinação geográfica: deve haver determinação do espaço de atuação das medidas restritivas, não apenas em relação ao estado de defesa (em razão de sua própria definição – "locais restritos e determinados") como também em relação ao estado de sítio, pois as medidas deverão se circunscrever às "áreas abrangidas", mesmo nas hipóteses de decretação de estado de sítio nos casos de "comoção grave de repercussão nacional" – art. 138, caput, da CF/1988;

• sujeição a controles: "o controle decorre do caráter excepcional das medidas, da proteção aos direitos afetados e do inter-relacionamento dos Poderes de Estado (separação de poderes)";

• publicidade: a regra é a publicidade, seguindo, inclusive, a exigência da comunidade internacional, prevista, por exemplo, no art. 4º, nº 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966);

• regramento constitucional: qualificação especial a dar maior segurança às situações de legalidade extraordinária;

• proporcionalidade: "essas situações de crise grave justificam-se apenas excepcionalmente, na proporção justamente necessária para debelar as causas e restabelecer a normalidade".

A história denuncia, infelizmente, situações de abuso, arbítrio, golpe, ditadura, como, por exemplo, durante o "Estado Novo" de Getúlio Vargas (Carta de 1937), no governo da ditadura militar de 1964 até o seu fim, com a Constituição de 1988, e, durante o período ditatorial, pela utilização do AI-5, momentos em que se decretou estado de sítio e de guerra sem qualquer observância aos princípios da necessidade e temporariedade.

13.1.2 Constitucionalismo brasileiro: Quadro descritivo

Indicamos abaixo a evolução do instituto das crises nas Constituições brasileiras para, em seguida, analisar a problemática do controle judicial.

CONSTITUIÇÃO	COMENTÁRIOS
1824	• art. 148, da CF/1824: competia privativamente ao Poder Executivo empregar a Força Armada de Mar e Terra como bem lhe parecesse conveniente à Segurança e defesa do Império • art. 179, XXXIV e XXXV, da CF/1824: em razão de ato especial do Poder Legislativo, nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, poderiam ser dispensadas, por tempo determinado, algumas das formalidades que garantem a liberdade individual. Não estando reunida a Assembleia, e correndo a Pátria perigo iminente, poderia o Governo tomar essa providência, como medida provisória, e indispensável, suspendendo-a imediatamente ao cessar a necessidade urgente, que a motivou. Ao final, deveria prestar contas, prescrevendo-se a responsabilização por abusos praticados
1891	• art. 34, nº 21, da CF/1891: estabelecia a competência do Congresso Nacional para decretar o estado de sítio (a EC nº 3/1926 alterou para art. 34, nº 20, da CF/1891) na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna

	• art. 80, § 1º, da CF/1891: não se achando reunido o Congresso Nacional e correndo a Pátria iminente perigo, a decretação poderia ser realizada pelo Poder Executivo federal (art. 48, nº 15, da CF/1891), com o posterior controle pelo Congresso Nacional (havendo expressa responsabilização pelos abusos cometidos pelas autoridades – art. 80, § 4º, da CF/1891)
1934	• art. 56, § 13, da CF/1934: alterando a regra das Constituições anteriores, a competência para decretar o estado de sítio ("na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada") era privativa do Presidente da República, na forma do art. 175, § 7º, da CF/1934, depois de autorização do Poder Legislativo, que também realizava posterior controle político (art. 40, "d" e "j", da CF/1934). Estando em recesso, a competência para autorizar ("aquiescência prévia") era da Seção permanente do Senado Federal, havendo posterior controle pelo Congresso Nacional • art. 175, § 13, da CF/1934: prescrevia a responsabilização civil ou criminal do Presidente da República e demais autoridades pelos abusos cometidos
1937	• art. 74, "k", da CF/1937: competência privativa do Presidente da República para decretar o estado de emergência e o estado de guerra (no "caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos" – art. 166, caput, da CF/1937) • art. 166, parágrafo único, da CF/1937: refletindo o estado ditatorial que se estabelecia naquele momento, em razão de criticável concentração do Poder Executivo e do Poder Legislativo nas mãos do Presidente da República, dispensava-se a autorização do Parlamento nacional para a instituição das medidas extraordinárias, vedando-se, também, a possibilidade de o Parlamento suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República • art. 167, da CF/1937: cessados os motivos que determinaram a declaração do estado de emergência ou do estado de guerra, o Presidente da República deveria comunicar à Câmara dos Deputados as medidas tomadas durante o período de vigência de um ou de outro. Na hipótese de a Câmara dos Deputados não aprovar as medidas, deveria promover a responsabilidade do Presidente da República. Contudo, este tinha o direito de apelar da deliberação da Câmara para o pronunciamento do País, mediante a dissolução desta realização de novas eleições • art. 169, da CF/1937: permitia o brutal e ditatorial afastamento das imunidades parlamentares por ato exclusivo do Presidente da República • art. 186, da CF/1937: declarou em todo o País o estado de emergência. Esse estado de exceção permanente só veio a ser suspenso pela LC nº 16/1945
1946	• art. 206, I e II, da CF/1946: era atribuição do Congresso Nacional decretar o estado de sítio nos casos de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciassem estar a comoção a irromper e de guerra externa • art. 208, da CF/1946: no intervalo das sessões legislativas, era da competência exclusiva do Presidente da República a decretação ou a prorrogação do estado de sítio, havendo posterior controle político pelo Congresso Nacional
1967	• art. 83, XIV, da CF/1967: competência do Presidente da República para decretar o estado de sítio nos casos de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou de guerra, com controle político posterior pelo Congresso Nacional (art. 153, I e II e § 1º e § 2º, da CF/1967) • art. 154, caput, da CF/1967: durante a vigência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas no art. 151, da CF/1967, o Congresso Nacional, mediante lei, poderia determinar a suspensão de garantias constitucionais
EC nº 1/1969	• art. 81, XVI, da CF/1967: manteve a competência do Presidente da República para decretação do estado de sítio nos casos de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou de guerra (art. 155, I e II, da CF/1967), com o controle político pelo Congresso Nacional
EC nº 11/1978	• art. 81, XVI, da CF/1967: competência privativa do Presidente da República para: a) determinar medidas de emergência (art. 155, caput, da CF/1967): "para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência". Essas medidas de emergência encontram correspondência com o estado de defesa previsto na CF/1988 b) decretar o estado de sítio (art. 156, da CF/1967): "no caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão" c) decretar o estado de emergência (art. 158, da CF/1967): "quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repetir as atividades subversivas a que se refere o art. 156, da CF/1967" • OBS.: para todas as hipóteses havia previsão de controle político pelo Congresso Nacional
1988	• art. 84, IX, da CF/1988: competência privativa do Presidente da República para decretação dos estados de defesa e de sítio, com controle político pelo Congresso Nacional (art. 49, IV, da CF/1988) e comentários nos itens seguintes.

13.1.3 Controle judicial

A instituição da legalidade extraordinária ou excepcional implementa-se por ato político do Poder Executivo (art. 84, IX, da CF/1988) e o seu controle parlamentar é, de fato, também político (art. 49, IV, da CF/1988 – Decreto Legislativo do Congresso Nacional no exercício de sua competência exclusiva).

A questão que se coloca é em relação ao controle judicial. O quadro abaixo, que complementa o anterior, destaca a sua previsão ou restrição ao longo da história de nosso país. Ao final, como se verá, concluiremos no sentido da possibilidade do controle judicial em relação às medidas de restrição implantadas, assim como aos aspectos do seu cabimento. Vejamos:

CONSTITUIÇÃO	COMENTÁRIOS
1824 (HC 300)	• conforme vimos no quadro anterior, havia previsão de responsabilização apenas pelos abusos cometidos durante os estados de emergência (art. 179, XXXV, da CF/1824) • conveniência e oportunidade política da decretação: no julgamento do HC 300 (j. 1892), o STF, por maioria (10 x 1), entendeu impossível o controle judicial do mérito administrativo. Tratava-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Rui Barbosa em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros militares indiciados por crimes de sedição e conspiração contra o Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto. Os pacientes alegaram inconstitucionalidade do estado de sítio e a ilegalidade das prisões determinadas pelo governo, teses não admitidas pela Corte. Vejamos: a) "não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo" b) "ainda quando na situação criada pelo estado de sítio estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso"
1891 (HC 3.527) (EC nº 1/1926)	• HC 3.527 (j. 1914): neste precedente, a impetração do *habeas corpus* se deu em favor de Eduardo de Macedo Soares e outros presos acusados de crime político na vigência do estado de sítio. Os pacientes alegavam que o estado de sítio estaria em desacordo com os requisitos exigidos no art. 80, da CF/1891. O Tribunal, por maioria, conheceu do pedido e declarou-se incompetente para conceder o *habeas corpus*. Nos "considerandos" da decisão, prescreve-se: "o Judiciário, em regra, só julga os efeitos ou fatos decorrentes de atos dos dois outros poderes, porventura lesivos dos direitos individuais, e jamais os motivos ou razões, pelas quais foram tais atos adotados ou postos em execução" (nessa linha, cf., também, o julgamento do HC 3.536)
1934	• art. 68, da CF/1934: "é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (cf., também, art. 18, da CF/1934, das disposições transitórias)
1937	• art. 94, da CF/1937: "é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" • art. 170, da CF/1934: "durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais"
1946	• art. 215, da CF/1946: "a inobservância de qualquer das prescrições dos art. 206 ao art. 214, da CF/1946 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrerem ao Poder Judiciário"
1967	• art. 156, da CF/1967: "a inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coação e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário"
EC nº 1/1969	• art. 181, da CF/1967: aprovou e excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964.
AI nº 5/1968	• art. 11, da CF/1967: excluiu de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com referido e brutal Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos

1988	• não há vedação explícita para o controle judicial

Em razão do prescrito no art. 5º, XXXV, da CF/1988, que consagra a inafastabilidade da jurisdição (garantia essa assegurada a partir da CF/1946), entendemos que o Poder Judiciário poderá reprimir abusos e ilegalidades cometidos durante o estado de crise constitucional por meio, por exemplo, do mandado de segurança, do *habeas corpus* ou de qualquer outra medida jurisdicional cabível.

A grande questão que se coloca, partindo do quadro acima, é saber se, à luz, da CF/1988, poderia haver controle judicial do mérito político da decretação (supondo o Poder Legislativo ter aprovado o estado de defesa instituído e autorizado o pedido para decretação do estado de sítio).

Como anota Alexandre de Moraes, valendo-se das lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação "... à análise do mérito discricionário do Poder Executivo (no caso do Estado de Defesa) e desse juntamente com o Poder Legislativo (no caso do Estado de Sítio), a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação".[8]

Contudo, em casos excepcionais, caracterizado o abuso de direito ou o desvio de finalidade, sustentamos a possibilidade de controle judicial em relação aos requisitos constitucionais para a decretação.

Olavo Ferreira justifica: "ato que afeta direitos fundamentais não é imune à sindicabilidade jurisdicional, sob pena de afronta ao princípio da supremacia da Constituição, ao Estado Democrático de Direito, à força normativa da Constituição, violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao direito fundamental à efetivação da Constituição e ao art. 136, § 3º, da CF/1988".[9]

Nesse sentido também aponta Walter Claudius Rothenburg em relação a excessos, bem como aos requisitos constitucionais: "devem verificar-se aqui os aspectos da proporcionalidade, segundo a análise da doutrina e jurisprudências alemãs: adequação (as medidas restritivas devem ser capazes de alcançar os objetivos previstos), necessidade ou exigibilidade (não deve haver outro meio que atinja, com menor sacrifício e maior eficácia, os objetivos previstos) e proporcionalidade em sentido estrito (deve ser razoável, proporcionada, a restrição imposta, em relação aos objetivos previstos)". Para o autor o controle poderia se dar por meio de ADI (considerando o Decreto como norma abstrata, geral e impessoal), ou mesmo mandado de segurança no STF. Não se reconhecendo caráter suficientemente genérico ao Decreto, a solução seria a ADPF.[10]

---

[8] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

[9] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Sistema constitucional das crises*.

[10] ROTHENBURG, Walter Claudius em seus comentários aos art. 136 ao art. 141 em CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil.* De modo

Apesar de o STF não ter apreciado o tema na vigência da atual Constituição (até porque essas situações de legalidade extraordinária não foram verificadas), parece-nos possa a Corte seguir o entendimento firmado em relação ao controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para edição de medida provisória. No julgamento da ADI 4.029, a Suprema Corte entendeu possível o controle judicial, desde que o exame seja feito *cum grano salis*, parcimônia e em hipóteses excepcionais. Nesses termos, certamente, o Poder Judiciário poderá controlar eventual abuso de poder ou desvio de finalidade.

13.2 Estado de Defesa (CF/1988)

13.2.1 Hipóteses de decretação do estado de defesa

As hipóteses em que se poderá decretar o estado de defesa, em correspondência com as medidas de emergência introduzidas pela EC nº 11/1978 do direito constitucional anterior, estão, de forma taxativa, previstas no art. 136, caput, da CF/1988, quais sejam: para preservar (e nesse caso seria preventivo) ou prontamente restabelecer (sendo nessa hipótese repressivo), em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

13.2.2 Procedimento e regras gerais

• Titularidade: o Presidente da República (art. 84, IX, c/c o art. 136, da CF/1988), mediante decreto, pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa.

• Conselho da República e Defesa Nacional: como órgãos de consulta, são previamente ouvidos, porém suas opiniões não possuem caráter vinculativo, ou seja, o Presidente da República, mesmo diante de um parecer opinando pela desnecessidade de decretação, poderá decretar o estado de defesa.

• O Decreto que instituir o estado de defesa deverá determinar: a) o tempo de duração; b) a área a ser abrangida (locais restritos e determinados); c) as medidas coercitivas que devem vigorar durante a sua vigência.

• Tempo de duração: máximo de 30 dias prorrogados por mais 30 dias, uma única vez.

• Medidas coercitivas: a) restrições (não supressão) aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica e à garantia prevista no art.

---

interessante, o autor admite o controle por outros órgãos ou instrumentos, como o Tribunal de Contas, CPIs e ação popular.

5º, LXI, da CF/1988, ou seja, prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente; b) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

• Prisão por crime contra o Estado: como exceção ao art. 5º, LXI, da CF/1988, a prisão poderá ser determinada pelo executor da medida (não pela autoridade judicial competente). O juiz competente, imediatamente comunicado, poderá relaxá-la. Tal comunicação deverá vir acompanhada do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação. Referida ordem de prisão não poderá ser superior a 10 dias, facultando-se ao preso requerer o exame de corpo de delito à autoridade policial.

• Incomunicabilidade do preso: é vedada.

13.2.3 Controle exercido sobre a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação

• Controle político imediato: nos termos do art. 136, § 4º ao § 7º, da CF/1988, será realizado pelo Congresso Nacional. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá pela maioria absoluta de seus membros e mediante Decreto Legislativo (art. 49, IV, da CF/1988) sobre sua aprovação ou suspensão. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6º, I, da CF/1988), extraordinariamente, no prazo de 5 dias, e deverá apreciar o Decreto dentro de 10 dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. Se o Congresso rejeitar o decreto, o estado de defesa cessará imediatamente.

• Controle político concomitante: nos termos do art. 140, da CF/1988, a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de 5 de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa.

• Controle político sucessivo (ou a posteriori): nos termos do art. 141, parágrafo único, da CF/1988, logo que cesse o estado de defesa, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

Prestadas as informações e não aceitas pelo Congresso Nacional, entende José Afonso da Silva parecer ficar "... caracterizado algum crime de responsabilidade do presidente,

especialmente o atentado a direitos individuais – pelo que pode ser ele submetido ao respectivo processo, previsto no art. 86, da CF/1988, e regulado na Lei 1.079/1950".[11]

• Controle jurisdicional imediato: de acordo com os termos expostos no item 13.1.3, sustentamos, nos limites ali fixados, a possibilidade de controle judicial do ato político da decretação nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito *cum grano salis*, parcimônia e em hipóteses excepcionais (tema polêmico, com divergência doutrinária e ausência de análise específica pelo STF).

• Controle jurisdicional concomitante: na vigência do estado de defesa, conforme o art. 136, § 3º, da CF/1988, haverá controle pelo Judiciário da prisão efetivada pelo executor da medida. A prisão ou detenção de qualquer pessoa, também, não poderá ser superior a 10 dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

A nosso ver, também e conforme já exposto, qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/1988, não poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário, claro, observados os limites constitucionais das permitidas restrições a direitos (art. 136, § 1º, da CF/1988). Parece, assim, que o Judiciário poderá reprimir abusos e ilegalidades cometidos durante o estado de crise constitucional por meio, por exemplo, do mandado de segurança, do *habeas corpus* ou de qualquer outra medida jurisdicional cabível.

• Controle jurisdicional sucessivo (ou a posteriori): consoante o art. 141, caput, da CF/1988, cessado o estado de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

13.3 Estado e Sítio (CF/1988)

13.3.1 Hipóteses de decretação do estado de sítio

As hipóteses em que poderá ser decretado o estado de sítio estão, de forma taxativa, previstas no art. 137, caput, da CF/1988:

• comoção grave de repercussão nacional (se fosse de repercussão restrita e em local determinado, seria hipótese, primeiro, de decretação de estado de defesa);

• ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (portanto, pressupõe-se situação de maior gravidade);

• declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

13.3.2 Procedimento e abrangência

[11] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Assim como no estado de defesa, quem decreta o estado de sítio é o Presidente da República (art. 84, IX, c/c o art. 137, da CF/1988), após prévia oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (pareceres não vinculativos).

No entanto, para a decretação do estado de sítio ou sua prorrogação, ao contrário do que ocorre com o estado de defesa, deverá haver, relatando os motivos determinantes do pedido, prévia solicitação pelo Presidente da República de autorização do Congresso Nacional, que se manifestará pela maioria absoluta de seus membros, mediante Decreto Legislativo (art. 49, IV, c/c o art. 137, parágrafo único, da CF/1988).

O controle político prévio, se negativo, será vinculante, e o Presidente da República não poderá decretar o estado de sítio por aquele motivo, sob pena de responsabilidade. Por outro lado, se o Congresso Nacional autorizar, com discricionariedade política, o Presidente da República poderá ou não decretar o estado de sítio.

Neste último caso, o Decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas (art. 138, caput, da CF/1988).

Dessa forma, a designação das áreas abrangidas dar-se-á depois de publicado o Decreto do estado de sítio, não necessariamente tendo de abranger, portanto, toda a área geográfica do território nacional, apesar de se ter, como uma das hipóteses, a comoção grave de repercussão nacional.

A duração do estado de sítio, no caso de comoção grave de repercussão nacional ou da ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa (art. 137, I, da CF/1988), não poderá ser superior a 30 dias, podendo ser prorrogada, sucessivamente (não há limites), enquanto perdurar a situação de anormalidade, sendo que cada prorrogação também não poderá ser superior a 30 dias.

No caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (art. 137, II, da CF/1988), enquanto perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

13.3.3 Medidas coercitivas

Nas hipóteses do art. 137, I, da CF/1988, (comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas coercitivas (art. 139, I ao VII, da CF/1988):

- obrigação de permanência em localidade determinada;
- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- restrições (não supressões) relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e

televisão, na forma, da Lei (desde que liberada pela respectiva Mesa, não se inclui a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas);

• suspensão da liberdade de reunião;

• busca e apreensão em domicílio;

• intervenção nas empresas de serviços públicos;

• requisição de bens.

Em relação à decretação de estado de sítio na hipótese do art. 137, II, da CF/1988, qual seja, no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, em tese, qualquer garantia constitucional poderá ser suspensa, desde que: a) tenham sido observados os princípios da necessidade e da temporariedade (enquanto durar a guerra ou resposta a agressão armada estrangeira); b) tenha havido prévia autorização por parte do Congresso Nacional; c) nos termos do art. 138, caput, da CF/1988, tenham sido indicadas no Decreto do estado de sítio a sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas.[12]

13.3.4 Controle exercido sobre a decretação do estado de sítio

• Controle político prévio: tendo em vista a maior gravidade do estado de sítio, o controle realizado pelo Congresso Nacional será prévio, ou seja, o Presidente da República, para a sua decretação ou prorrogação, depende de prévia e expressa autorização do Congresso Nacional. Se o Congresso rejeitar o pedido, o Presidente da República, agora vinculado, não poderá decretar o estado de sítio. Se o fizer, sem dúvida, cometerá crime de responsabilidade. Estando o Congresso Nacional em recesso, haverá convocação extraordinária, pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 6º, I, da CF/1988). Decretado o estado de sítio, nos termos do art. 138, § 3º, da CF/1988, o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

• Controle político concomitante: a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de 5 de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de sítio (art. 140, da CF/1988).

• Controle político sucessivo (ou a posteriori): logo que cesse o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, parágrafo único, da CF/1988).

• Conforme visto para o estado de defesa, prestadas as informações e não aceitas pelo Congresso Nacional, parece ficar caracterizada a prática do crime de responsabilidade.

---

[12] Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

• Controle jurisdicional imediato: tal como anotado para o estado de defesa, o juízo de conveniência para a decretação do estado de sítio, por regra, cabe ao Presidente da República, que deverá solicitar prévia autorização ao Congresso Nacional. Contudo, de acordo com os termos expostos no item 13.1.3, sustentamos, nos limites ali fixados, a possibilidade de controle judicial do ato político da decretação, nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito *cum grano salis*, parcimônia e em hipóteses excepcionais (tema polêmico, com divergência doutrinária e ausência de análise específica pelo STF).

• Controle jurisdicional concomitante: qualquer lesão ou ameaça a direito, abuso ou excesso de poder durante a sua execução não poderão deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário, observados, é claro, os limites constitucionais da "legalidade extraordinária", seja por via do mandado de segurança, seja por meio de *habeas corpus* ou de qualquer outro remédio.

• Controle jurisdicional sucessivo (ou a posteriori): cessado o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes (art. 141, caput, da CF/1988).

13.4 Disposições Comuns aos Estados de Defesa e de Sítio

Em se tratando de medidas excepcionais, somente poderão ser adotadas dentro dos limites constitucionais, nas hipóteses expressamente previstas, enfim, somente durante a chamada crise constitucional.[13] "Em outras palavras (concluem Araujo e Nunes Júnior), se medidas de exceção forem aplicadas em tempos de normalidade democrática, a Constituição estará sendo violada, configurando-se autêntico golpe de estado".[14]

Decretado o estado de defesa ou o estado de sítio, haverá o controle político concomitante (art. 140, da CF/1988).

Por razões óbvias, cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também os seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Dada a gravidade das medidas (por restringirem direitos constitucionais), logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, o Presidente da República terá de prestar contas, respondendo por abusos e arbítrios.

---

[13] A gravidade é tamanha que, na vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, a Constituição Federal não poderá ser emendada (art. 60, § 1º, da CF/1988).

[14] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

13.5 Quadro Comparativo Entre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (CF/1988)

	ESTADO DE DEFESA (ART. 136, DA CF/1988)	**ESTADO DE SÍTIO (ART. 137, I, DA CF/1988)**	**ESTADO DE SÍTIO (ART. 137, II, DA CF/1988)**
HIPÓTESES DE CABIMENTO	• ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional • ordem pública ou paz social atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza	• comoção grave de repercussão nacional • ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa	• declaração de estado de guerra • resposta a agressão armada estrangeira
ÁREAS ABRANGIDAS	• locais restritos e determinados	• âmbito nacional – especificado após a decretação (art. 138, caput, da CF/1988)	• âmbito nacional – especificado após a decretação (art. 138, caput, da CF/1988)
DECRETAÇÃO	• exclusivamente pelo Presidente da República (art. 84, IX, da CF/1988)	• idem	• idem
ÓRGÃOS DE CONSULTA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA	• Conselho da República (art. 90, I, da CF/1988) • Conselho de Defesa Nacional (art. 91, II, da CF/1988) • os pareceres não são vinculativos • a oitiva dos Conselhos é prévia	• idem	• idem
CONTEÚDO DO DECRETO INTERVENTIVO	• tempo de sua duração • áreas a serem abrangidas (indicadas já no decreto) • medidas coercitivas a vigorarem, nos termos e limites, da Lei	• tempo de sua duração • as normas necessárias a sua execução • as garantias constitucionais que ficarão suspensas, só podendo ser tomadas as medidas previstas taxativamente no art. 139, I ao VII, da CF/1988 • depois de publicado o decreto, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas	• tempo de sua duração • as normas necessárias a sua execução • as garantias constitucionais que ficarão suspensas, em tese, qualquer garantia, desde que sejam respeitados os princípios da necessidade e da temporariedade, bem como os limites constitucionais • depois de publicado o Decreto, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas
TEMPO DE DURAÇÃO	• máximo de 30 dias, podendo ser prorrogado por novo período de no máximo 30 dias uma única vez (art. 136, § 2º, da CF/1988)	• máximo de 30 dias, podendo ser prorrogado por novos períodos de até 30 dias, quantas vezes se mostrar necessário • a cada nova prorrogação, todo o procedimento deverá ser observado, como se fosse um novo decreto	• o tempo necessário da guerra • o tempo necessário para repelir agressão armada estrangeira
PROCEDIMENTO	• diante da hipótese de cabimento, o Presidente da República ouve os Conselhos (parecer não vinculativo) e, com discricionariedade política, decreta ou não o estado de defesa para posterior controle político do Congresso Nacional	• estando diante da hipótese de cabimento, o Presidente da República ouve os Conselhos (parecer não vinculativo) e solicita prévia autorização do CN • ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou a sua	• idem

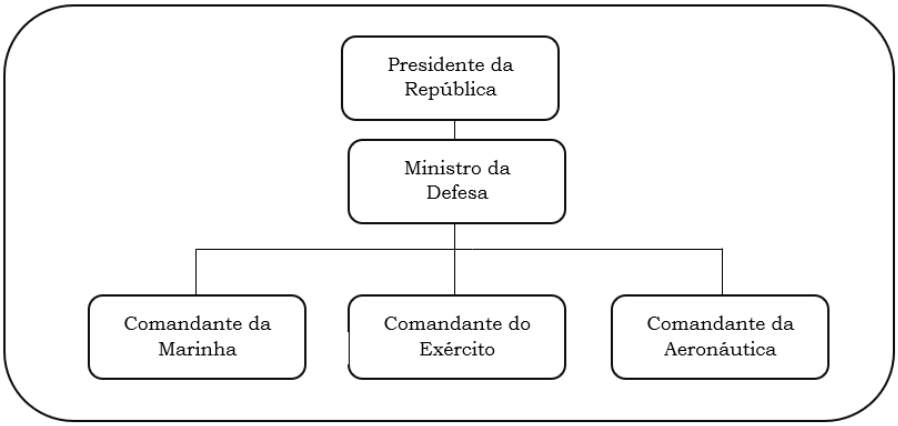
		prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o CN decidir por maioria absoluta • autorizado, com discricionariedade política, o Presidente poderá decretar ou não o estado de sítio • persistindo as situações de anormalidade, todo o procedimento deverá ser repetido • negada a autorização, o Presidente da República, agora vinculado, não poderá decretar o estado de sítio tendo por fundamento o motivo levado à consulta, sob pena de cometer crime de responsabilidade	
MEDIDAS COERCITIVAS – RESTRIÇÕES A DIREITOS E GARANTIAS	• restrições (não supressão – art. 136, § 1º, I, da CF/1988) aos direitos de reunião (art. 5º, XVI, da CF/1988); sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CF/1988); sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (art. 5º, XII, da CF/1988) • ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (art. 136, § 1º, II, da CF/1988) • restrição à garantia prevista no art. 5º, LXI, da CF/1988, ou seja, prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, já que poderá haver prisão por crime contra o Estado determinada pelo executor da medida (art. 136, § 3º, I ao IV, da CF/1988) • a incomunicabilidade do preso é vedada	• art. 139, I ao VII, da CF/1988 • obrigação de permanência em localidade determinada (art. 5º, XV, da CF/1988) • detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (art. 5º, LXI, da CF/1988) • restrições relativas às seguintes inviolabilidades: a) da correspondência (art. 5º, XII, da CF/1988) b) ao sigilo das comunicações (art. 5º, XII, da CF/1988 – exceto a difusão de pronunciamentos parlamentares – art. 139, parágrafo único, da CF/1988) c) à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma, da Lei (art. 220, da CF/1988 – exceto a difusão de pronunciamentos parlamentares – art. 139, parágrafo único, da CF/1988) d) suspensão da liberdade de reunião (art. 5º, XVI, da CF/1988) e) busca e apreensão em domicílio (art. 5º, XI, da CF/1988) f) intervenção nas empresas de serviços públicos g) requisição de bens (art. 5º, XXV, da CF/1988)	• em tese, qualquer garantia constitucional poderá ser suspensa, desde que: a) tenham sido observados os princípios da necessidade e da temporariedade (enquanto durar a guerra ou resposta a agressão armada estrangeira); b) tenha havido prévia autorização por parte do Congresso Nacional; c) nos termos do art. 138, caput, da CF/1988, tenham sido indicadas, no Decreto do estado de sítio, a sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas
CONTROLE POLÍTICO	• imediato: logo após a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação (art. 136, § 4º ao § 7º, da CF/1988) • concomitante: nos termos do art. 140, da CF/1988, por Comissão do	• prévio: o Presidente da República, para a decretação, depende de prévia e expressa autorização do Congresso Nacional • concomitante: idem estado de defesa (art. 140, da CF/1988)	• idem

	CN – durante a vigência do estado de anormalidade • sucessivo (ou a posteriori): nos termos do art. 141, parágrafo único, da CF/1988, logo que cesse o estado de defesa, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, que apreciará sua legalidade e constitucionalidade, podendo, em caso de abuso, ocorrer a prática de crime de responsabilidade	• sucessivo (ou a posteriori): idem estado de defesa (art. 141, parágrafo único, da CF/1988)	
CONTROLE JURÍDICO	• imediato: de acordo com o termos expostos no item 13.1.3, sustentamos, nos limites ali fixados, a possibilidade de controle judicial do ato político da decretação nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito *cum grano salis*, parcimônia e em hipóteses excepcionais (tema polêmico, com divergência doutrinária e ausência de análise específica pelo STF) • concomitante: na vigência do estado de defesa, nos termos do art. 136, § 3º, da CF/1988, haverá controle, pelo Judiciário, da prisão efetivada pelo executor da medida. Outrossim, qualquer lesão ou ameaça a direito não poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988), observados, é claro, os limites constitucionais (art. 136, § 1º, da CF/1988). Possibilidade de impetração de mandado de segurança, *habeas corpus* ou qualquer outra medida jurisdicional cabível • sucessivo (ou a posteriori): nos termos do art. 141, caput, da CF/1988, cessado o estado de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes	• imediato: tal como anotado para o estado de defesa, o juízo de conveniência para a decretação do estado de sítio, por regra, cabe ao Presidente da República, que deverá solicitar prévia autorização ao Congresso Nacional. Contudo, de acordo com os termos expostos no item 13.1.3, sustentamos, nos limites ali fixados, a possibilidade de controle judicial do ato político da decretação, nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito *cum grano salis*, parcimônia e em hipóteses excepcionais (tema polêmico, com divergência doutrinária e ausência de análise específica pelo STF) • concomitante: qualquer lesão ou ameaça a direito, abuso ou excesso de poder durante a sua execução não poderão deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988), observados, é claro, os limites constitucionais da "legalidade extraordinária", seja por via do mandado de segurança, seja por meio do *habeas corpus*, ou de qualquer outro remédio • sucessivo (ou a posteriori): idem estado de defesa (art. 141, caput, da CF/1988)	• idem
FUNCIONAMENTO DO CN	• o CN deverá continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa (art. 136, § 6º, da CF/1988)	• o CN permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (art. 138, § 3º, da CF/1988)	• idem

VIOLAÇÃO DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS	• possibilidade de se configurar crime de responsabilidade (art. 85, da CF/1988), sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes, além de responsabilidade civil, penal e administrativa	• idem	• idem
IMUNIDADES PARLAMENTARES	• subsistirão, não havendo previsão de suspensão (art. 53, § 8º, da CF/1988)	• subsistirão, podendo ser suspensas mediante o voto de 2/3 dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do CN, que sejam incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8º, da CF/1988)	• idem
CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO CN	• Presidente do SF (art. 57, § 6º, I, da CF/1988)	• idem	• idem

13.6 Forças Armadas

13.6.1 Regras gerais



A Marinha, o Exército e a Aeronáutica constituem as Forças Armadas, sendo consideradas instituições nacionais permanentes e regulares, destinadas à defesa da Pátria,[15] à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da Lei e da ordem.[16]

As Forças Armadas organizam-se com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade e comando supremos do Presidente da República, que tem por atribuições nomear os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-

[15] Uma curiosidade: o Decreto de 28.03.2016 passou a denominar Edifício Defensores da Pátria o edifício sede do Ministério da Defesa

[16] Interessante notar que a Constituição do Império, de 1824, fala somente em forças do mar e da terra. Isso porque, cabe lembrar, o avião só irá surgir na primeira década do século XX.

generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos (art. 84, XIII, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 23/1999).

De acordo com o art. 5º, caput e § 1º, da LC nº 97/1999, os cargos de Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são privativos de oficiais-generais do último posto da respectiva Força, sendo assegurada aos referidos Comandantes precedência hierárquica sobre os demais oficiais-generais das três Forças Armadas.

Assim, os superiores hierárquicos e o Presidente da República, como chefe maior, com base na hierarquia e na disciplina, poderão aplicar sanções disciplinares de natureza administrativa.

Conforme escrevemos no capítulo 11, a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas, sendo que a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

A hierarquia militar[17] é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela antiguidade (no posto ou na graduação):

• posto: é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica e confirmado em Carta Patente;

• graduação: é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente.

Por sua vez, a disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Os membros das Forças Armadas, conforme estabelece o art. 142, § 3º, da CF/1988, são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das regras que vierem previstas em lei, as seguintes disposições (art. 142, § 3º, I ao XI, da CF/1988, com alguns destaques apresentados nos itens seguintes):[18]

• as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

---

[17] Para conhecimento da hierarquia militar nas Forças Armadas, cf. item 11.8.6.2.3.

[18] Para as provas, sugerimos uma leitura atenta dos aludidos dispositivos. Notadamente em relação à discussão sobre a perda do posto e da patente (art. 142, § 3º, VI e VII, da CF/1988), assim como da graduação, indispensável a leitura do item 11.8.6.3.3 Interessante, ainda, para aprofundamento, a leitura dos itens 11.8.6 e seguintes, que tratam da Justiça Militar e explicam detalhes sobre as Forças Armadas.

• o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, XVI, "c", da CF/1988, será transferido para a reserva, nos termos, da lei (EC nº 77/2014);

• o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, XVI, "c", da CF/1988, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos, da Lei (EC nº 77/2014);

• ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

• o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

• o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

• o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

• aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV, da CF/1988, bem como, na forma, da Lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, XVI, "c", da CF/1988, (EC nº 77/2014);[19]

• a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

13.6.2 Emprego das Forças Armadas para a Garantia, da Lei e da Ordem (GLO)

Conforme vimos no item anterior, o art. 142, caput, da CF/1988, estabelece que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são

[19] A Lei nº 13.109/2015 dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença paternidade, no âmbito das Forças Armadas. Por sua vez, a Lei nº 13.717/2018, corrigindo a omissão do Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), alterou o art. 6º da Lei nº 13.109/2015, prescrevendo que, pelo nascimento de filho, adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, o militar terá licença paternidade de 20 dias consecutivos (e não mais 5), vedada a prorrogação.

instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à:

• defesa da Pátria;

• garantia dos poderes constitucionais;

• e, por iniciativa de qualquer destes (poderes constitucionais), da Lei e da ordem.

Observa-se, portanto, que o papel primordial e essencial das Forças Armadas não é cuidar de segurança pública, atribuição esta destinada, como competência primária, às forças de segurança pública, previstas nos art. 144, da CF/1988, (polícias ostensiva e de investigação).

Excepcionalmente, contudo, de forma subsidiária e eventual, a Constituição admite o emprego das Forças Armadas para atuar também em segurança pública, conforme se observa na parte final do art. 142, caput, da CF/1988, regulamentado pela LC nº 97/1999 e de acordo com o Decreto nº 3.897/2001.[20]

Conforme prescreve o art. 15, § 2º, da LC nº 97/1999, a atuação das Forças Armadas na Garantia, da Lei e da Ordem – GLO –, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144, da CF/1988.

Considerar-se-ão esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da CF/1988, quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional (art. 15, § 3º, da LC nº 97/1999).

Nesta hipótese, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na Garantia, da Lei e da Ordem (art. 15, § 4º, da LC nº 97/1999).

Determinado o emprego das Forças Armadas na Garantia, da Lei e da Ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins (art. 15, § 4º, da LC nº 97/1999).

---

[20] O Ministério da Defesa, nos termos da Portaria Normativa nº 186/2014-MD, publicou o Manual de GLO, objetivando padronizar as rotinas e servir de instrumento educativo e de doutrinação para as forças preparadas para atuar nas Operações de Garantia, da Lei e da Ordem (Op GLO).

Devemos deixar claro que o emprego das Forças Armadas para a Garantia, da Lei e da Ordem não se confunde com o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal (esta prescrita, inclusive, para "pôr termo a grave comprometimento da ordem pública", conforme o art. 34, IV, da CF/1988, dispositivo que fundamentou, para se ter um exemplo, o Decreto nº 9.288/2018, pelo qual se decretou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro – cf. item 7.12.1.6). As operações caracterizam-se como de "não guerra", não se aplicando os procedimentos de controle específicos e inerentes a referidos instrumentos de legalidade extraordinária.

Entendemos, contudo, que o Decreto presidencial que autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia, da Lei e da Ordem (GLO) poderá ser controlado politicamente (Decreto Legislativo do Congresso Nacional, na forma do art. 49, V, da CF/1988) ou judicialmente (mandado de segurança a ser impetrado no STF).

Como exemplos de emprego das Forças Armadas para Garantia, da Lei e da Ordem (GLO), o Manual de GLO – Portaria Normativa nº 186/2014-MD –, que não tem força normativa, já que "confeccionado por assessores civis e militares com o objetivo de padronizar as rotinas e servir de instrumento educativo e de doutrinação", em seu item 4.4.3, apresenta as seguintes possíveis ações a serem executadas:

• assegurar o funcionamento dos serviços essenciais sob a responsabilidade do órgão paralisado;

• controlar vias de circulação;

• desocupar ou proteger as instalações de infraestrutura crítica, garantindo o seu funcionamento;

• garantir a segurança de autoridades e de comboios;

• garantir o direito de ir e vir da população;

• impedir a ocupação de instalações de serviços essenciais;

• impedir o bloqueio de vias vitais para a circulação de pessoas e cargas;

• permitir a realização de pleitos eleitorais;

• prestar apoio logístico aos órgãos de segurança pública (OSP) ou outras agências;

• proteger locais de votação;

• realizar a busca e apreensão de armas, explosivos etc; e

• realizar policiamento ostensivo, estabelecendo patrulhamento a pé e motorizado.

Desde sua regulamentação pela LC nº 97/1999, entre 2010 e novembro de 2019 (esta edição foi fechada em 2020), o emprego das Forças Armadas para a Garantia, da Lei e da Ordem já foi utilizado mais de 50 vezes.

Na plataforma, você encontra as missões que foram deflagradas de 1992 a 2019. Ao ler a descrição, você poderá, pelos exemplos, entender como o instituto vem sendo aplicado (fonte: Ministério da Defesa – quadro atualizado até 2019).[21]

Finalmente, devemos destacar a profunda alteração em relação à competência da Justiça Militar da União, introduzida pela Lei nº 13.491/2017, ao estabelecer que, nas hipóteses dos crimes tratados pelo art. 9º, do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, se no contexto de atividade de Garantia, da Lei e da Ordem, além de outras situações descritas na lei, será da competência da Justiça Militar da União e não do júri (cf. item 11.8.6.2.6).

13.6.3 Acumulação de cargos (ECs nº 77/2014 e EC nº 101/2019)

A EC nº 77/2014 alterou o art. 142, § 3º, II, III e VIII, da CF/1988, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de acumulação de cargo a que se refere o art. 37, XVI, "c", da CF/1988, na forma, da Lei e com prevalência da atividade militar.

Referida emenda vem corrigir a distorção estabelecida pela EC nº 18/1998, que proibiu a acumulação de cargos por parte desses profissionais.

Dessa forma, a EC nº 77/2014, ao permitir que os profissionais de saúde das Forças Armadas acumulem cargos na forma do art. 37, XVI, "c", da CF/1988, resgata a isonomia outrora existente nesse ponto da acumulação de cargos entre os servidores civis e militares e, acima de tudo, evita que esses profissionais abandonem as Forças Armadas em busca de melhores condições.

Como bem ficou assinalado no Parecer nº 736/2013-CCJ, "ante a dificuldade de prover remuneração equiparada à ofertada pela iniciativa privada, que inclusive admite a multiplicidade de vínculos empregatícios, temos que a proposta em apreço servirá para compensar tal defasagem e colaborará para manter nos quadros das Forças Armadas profissionais de escol, que nelas ingressam por rigorosa seleção e se dedicam de forma sacerdotal ao serviço da Pátria".

Nessa perspectiva de valorização, destacamos importante decisão do STF segundo a qual, nos casos de autorização constitucional expressa de acumulação de cargos, empregos e funções, o teto constitucional de remuneração deverá ser considerado para cada cargo, isoladamente, e não a soma das remunerações (REs 602.043 e 612.975, j. 2017, Plenário).

Isso posto, indagamos: a distorção corrigida pela EC nº 77/2014 direcionou-se apenas aos militares das Forças Armadas, ou também aos militares estaduais?

---

[21] Cf.: https://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes/garantia-da-lei-e-da-ordem.

De acordo com o art. 42, caput, da CF/1988, os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O art. 42, § 1º, da CF/1988, determina a aplicação, dentre outras, das disposições contidas no art. 142, da CF/1988, e, portanto, da regra sobre a acumulação de cargos.

Portanto, não havia dúvida em se admitir a acumulação de dois cargos ou empregos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas também para os militares estaduais.

E qual foi a novidade trazida pela EC nº 101/2019?

De acordo com o art. 42, § 3º, da CF/1988, aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o disposto no art. 37, XVI, da CF/1988, com prevalência da atividade militar. Ou seja, não apenas a regra contida no art. 37, XVI, "c", da CF/1988, que é a regra para as Forças Armadas, mas todas as alíneas, tendo sido esta segunda reforma muito mais abrangente, portanto.

Mas algo tem que ser dito: essa ampliação trazida pela EC nº 101/2019 não poderá ser estendida para as Forças Armadas em razão da regra especial do art. 142, § 3º, II, da CF/1988, devendo ser admitida apenas para os militares estaduais, do DF e dos Territórios.

13.6.4 *Habeas corpus* e punições disciplinares militares

Caracterizando exceção expressa ao art. 5º, LXVIII, da CF/1988, com base no princípio da hierarquia, não caberá *habeas corpus* em relação a eventuais punições disciplinares militares (art. 142, § 2º, da CF/1988), vedação essa permitida, visto que introduzida pelo poder constituinte originário, que, como já referimos, do ponto de vista jurídico, é incondicionado, ilimitado e soberano na tomada de suas decisões, podendo, inclusive, trazer exceções às regras gerais.

Cabe observar, contudo, seguindo a jurisprudência do STF, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* para análise, pelo Judiciário, dos pressupostos de legalidade (hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente – HC 70.648, Rel. Min. Moreira Alves), excluídas as questões do mérito da sanção administrativa (cf., por exemplo, RE 338.840-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2003).

Nesse sentido: "A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes" (RHC 88.543, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2007, DJ de 2007).

13.6.5 Serviço militar obrigatório

A prestação do serviço militar é obrigatória,[22] ficando as mulheres e os eclesiásticos isentos de tal compulsoriedade em tempos de paz, sujeitando-se, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Apesar de obrigatória, alegando-se imperativo de consciência, decorrente de crença religiosa, convicção filosófica ou política (direito de escusa de consciência), às Forças Armadas competirá, na forma, da Lei, atribuir serviço alternativo em tempo de paz (art. 5º, VIII, c/c o art. 143, § 1º e § 2º, da CF/1988).[23]

Havendo recusa da prestação alternativa nos termos, da Lei nº 8.239/1991, ter-se-á por sanção a declaração da perda[24] dos direitos políticos (art. 15, IV, da CF/1988).

13.6.6 Leis de iniciativa reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1º, I e II, "f")

Conforme já estudado, as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas,[25] bem como as que disponham sobre os seus militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para reserva, serão de iniciativa privativa (exclusiva) do Presidente da República.[26]

13.6.7 As praças prestadoras de serviço militar inicial podem receber abaixo do salário mínimo?

Sim.

---

[22] O brasileiro que não se apresentar para a seleção na data prevista para a fixação do contingente de sua classe ou que, tendo-o feito, ausentar-se sem a ter completado, será considerado refratário (art. 24, da Lei nº 4.375/1964). Já o convocado selecionado e designado para incorporação, ou matrícula, que não se apresentar à Organização Militar que lhe for designada dentro do prazo marcado, ou que, tendo-o feito, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação ou matrícula, será declarado insubmisso (art. 25, da Lei nº 4.375/1964). O que abandona o serviço militar é considerado desertor.

[23] De acordo com o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.239/1991, entende-se por Serviço Militar Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. O art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.239/1991, por seu turno, fixa que o Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Civis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. Ao final do período de atividade previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.239/1991, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista (art. 4º, da Lei nº 8.239/1991).

[24] Conforme estudamos no item 17.4.3.1, alertamos que a maioria dos autores de direito eleitoral vem estabelecendo a recusa como situação de suspensão, e não perda de direitos políticos, nos termos da literalidade do art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.239/1991.

[25] José Afonso da Silva entende que a fixação ou modificação dar-se-á em tempo de paz, pois, "em tempo de guerra, não se cuidará propriamente de efetivos, mas de mobilização nacional, compreendida a convocação de reservistas e de outras forças militares, o que se faz por decreto do Presidente da República (art. 84, XIX, da CF/1988)" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo* – destacamos).

[26] Art. 61, § 1º, I e II, "f" acrescentada pela EC nº 18/1998. Como exemplo de modificação das Forças Armadas (no caso o Exército), destacamos a Lei nº 12.918/2013, de iniciativa da então Presidente da República Dilma Rousseff.

Nos termos do art. 142, § 3º, VIII, da CF/1988, aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV, da CF/1988, bem como, na forma, da Lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, XVI, "c", da CF/1988, (EC nº 77/2014).

Não houve a previsão explícita da garantia do salário mínimo, constante do art. 7º, IV e VII, da CF/1988.

Diante dessa situação, o STF teve de enfrentar a constitucionalidade ou não do art. 18, § 2º, da MP nº 2.215-10/2001 (com vigência determinada pelo art. 2º, da EC nº 32/2001), que exclui da garantia do salário mínimo as praças prestadoras de serviço militar inicial e as praças especiais, exceto o Guarda-Marinha e o Aspirante-a-Oficial.

Em diversos julgados, o STF apontou as particularidades do regime dos militares: "Constitucional. Serviço militar obrigatório. Soldo. Valor inferior ao salário mínimo. Violação aos art. 1º, III, art. 5º, caput, e art. 7º, IV, da CF/1988. Inocorrência. RE desprovido. A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores. O regime a que se submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios. Os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um *múnus público* relacionado com a defesa da soberania da pátria. A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas" (RE 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, DJE de 2008. Também: RE 551.453, RE 551.608, RE 551.713, RE 551.778, RE 555.897, RE 556.233, RE 556.235, RE 557.542, RE 557.606, RE 557.717, RE 558.279).

Nesse sentido, o STF editou a Súmula Vinculante 6/2008, com o seguinte teor: "não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial".

13.6.8 Editais de concurso podem estabelecer limite de idade para o ingresso nas Forças Armadas?

De acordo com o art. 142, § 3º, X, da CF/1988, a Lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Referido inciso ainda não foi regulamentado durante a vigência do texto de 1988. Aponta-se que a Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares – teria sido recepcionada para tratar da matéria.

Contudo, alguns dispositivos do mencionado Estatuto foram questionados perante a CF/1988 e, assim, discutida a recepção, dentre eles, do art. 10, da Lei nº 6.880/1980, que tem a seguinte redação: "o ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica".

Tendo em vista a falta de regulamentação específica por meio de lei, os Editais de concurso (regulamentos) sempre definiram regras para o ingresso nas Forças Armadas, inclusive o limite de idade.

O tema foi discutido no STF em razão da interposição do RE 600.885 pela União, que contestou decisão do TRF 4 que entendeu como flagrantemente inconstitucional regra de edital de concurso que limitou em 24 anos a idade para ingresso nas Forças Armadas.

O STF, na linha do voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, definiu que a fixação do limite de idade tem de ser por lei, em sentido formal, nos exatos termos da literalidade do art. 142, § 3º, X, da CF/1988, não se admitindo a definição dos preceitos por regulamento, como são os editais de concursos.

Todavia, na linha da decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes, como já se havia passado mais de 20 anos, buscando evitar a insegurança jurídica, especialmente diante de vários concursos que já tinham sido realizados, admitiram-se a recepção do art. 10, da Lei nº 6.880/1980 (com a sua alusão aos Editais e demais atos administrativos) e a sua manutenção no ordenamento até 2011, fazendo-se "apelo" para que o Congresso legislasse, modulando-se, assim, pro futuro, os efeitos da não recepção.

Em razão de novo pedido, o STF prorrogou a modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 2012, sem admitir, porém, nova postergação. Dessa forma, a partir de 2013, a fixação de limite de idade deverá ser, necessariamente, por Lei em sentido formal, não se admitindo nenhuma restrição por meio dos editais de concursos (legalidade específica).

Finalmente, foram acolhidos embargos de declaração interpostos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" do art. 10, da Lei nº 6.880/1980 não alcança os candidatos que obtiveram provimento jurisdicional para continuar no concurso, mesmo com idade acima dos limites previstos nos editais e regulamentos. Ou seja, aqueles que conseguiram, judicialmente, afastar as limitações de idade estabelecidas nos regulamentos estão assegurados (RE 600.885-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2012, Plenário, DJE de 2012).

13.6.9 “Princípio da insignificância” e crimes militares: O caso concreto de posse de reduzida quantidade de substância entorpecente. Princípio da especialidade. Afastamento, da Lei de Drogas

O princípio da insignificância ou delito de bagatela vem sendo discutido nos Tribunais, devendo ser aprofundado nos livros de direito penal.

Partindo da ideia de intervenção mínima do Estado em matéria penal, funciona como fator de descaracterização material da tipicidade penal e vem sendo aceito pelo STF em diversas situações (com outras tantas exclusões), podendo ser resumido os seus principais vetores na seguinte formulação de lavra do Min. Celso de Mello:

“EMENTA: [...] O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.” Tal postulado “... considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como:

- mínima ofensividade da conduta do agente;
- nenhuma periculosidade social da ação;
- reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Ainda, continua Celso de Mello, o princípio da insignificância “... apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: “*de minimis, non curat praetor*”. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social...” (HC 84.687, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2004, 2ª T., DJ de 2006).

Pois bem, resta saber se a posse de quantidade reduzida de entorpecente em lugar sujeito à administração militar, no caso analisado, de 0,1 g de maconha, permite seja adotada a tese da bagatela.

Muito embora existam diversos precedentes no sentido de se aplicar o princípio da insignificância aos crimes militares (HC 87.478, HC 92.634, RHC 89.624, HC 93.822 etc.), o STF firmou novo entendimento pela sua não aplicabilidade, fazendo prevalecer a regra contida no art. 290, do CPM.

Dessa forma, no embate entre a regra específica do Código Penal Militar e a previsão mais branda do art. 28, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), entendeu o STF prevalecer a primeira, diante do princípio da especialidade.

ART. 290, DO CÓDIGO PENAL MILITAR	**ART. 28, DA LEI Nº 11.343/2006**
• "Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, até cinco anos."	• "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."

A decisão foi apertada – por 6 x 4 –, no julgamento do HC 103.684/DF (Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, Plenário, DJE de 2011), no qual se discutia o caso de um militar surpreendido com pequena quantidade de maconha no Hospital Geral de Brasília (HGB), que é um estabelecimento militar.

De modo geral, assentou-se que a prática da conduta prevista no citado art. 290, do CPM "... ofenderia as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal. Asseverou-se que a circunstância de a Lei nº 11.343/2006 ter atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente não repercutiria no âmbito de consideração do art. 290, do CPM, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Salientou-se, ademais, que Lei posterior apenas revoga anterior quando expressamente o declare, seja com ela incompatível, ou regule inteiramente a matéria por ela tratada. Concluiu-se não incidir qualquer uma das hipóteses à situação em tela, já que o art. 290, do COM, seria norma especial. Em seguida, reputou-se inaplicável, no âmbito do tipo previsto no art. 290, do COM, o princípio da insignificância. No ponto, após discorrer que o referido postulado tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, concluiu-se que o entorpecente no interior das organizações militares assumiria enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que seria utilizado, no serviço,

armamento de alto poder ofensivo, o que afetaria, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agrediria, dessa forma, os valores básicos das instituições militares...” (HC 94.685/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, 2010, Inf. 608/STF).

CUIDADO: o tema discutido envolvia militar. Contudo, imaginando a eventual possibilidade de crime praticado por civil (art. 9º, III, do Código Penal Militar – e o tema está em discussão no STF na ADPF 289 – cf. item 11.8.6.2.5), sustentamos que o entendimento seria outro, até porque a ideia de hierarquia e disciplina deve ser analisada em relação aos militares. O tema não foi discutido pelo STF (matéria pendente). Também estamos pensando como a posse de maconha por civil em ambiente militar (caso concreto dos referidos autos) poderia caracterizar eventual crime militar, por isso a imaginação em tese da discussão.[27] Finalmente, lembramos que, se caracterizado, o julgamento seria apenas pela Justiça Militar da União, já que a Justiça Militar Estadual não julga civis (art. 125, § 5º, da CF/1988).

13.6.10 A criminalização da “pederastia” ainda se justifica no Código Penal Militar? (ADPF 291)

O art. 235, do Código Penal Militar (CPM) define o crime de “Pederastia ou outro ato de libidinagem” nos seguintes termos: “praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”.

Esse tema foi enfrentado pelo STF no julgamento da ADPF 291. Na petição inicial, a PGR sustenta que o crime de pederastia está inserido em um contexto de “criminalização da homossexualidade enquanto prática imoral, socialmente indesejável e atentatória contra os bons costumes”.

Isso se confirma na exposição de motivos do CPM: “inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes”.

A Corte entendeu que “a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142, da CF/1988). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no art. 235, caput, do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. Não se pode permitir que a Lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de

[27] Aguardamos eventual sugestão ou indicação de precedente, agradecendo a contribuição do nosso ilustre leitor. Fique à vontade para encaminhar mensagem para o e-mail: pedrolenza@terra.com.br.

orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados" (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2015, Plenário, DJE de 2016).[28]

13.6.11 Criação do Ministério da Defesa pela EC nº 23/1999

Como já referimos em notas anteriores, a EC nº 23/1999, criou o Ministério da Defesa.

Com a sua previsão, os Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica foram transformados em Comandos (art. 20 da LC nº 97/1999,[29] que, expressamente, revoga a LC nº 69/1991), passando os ex-Ministros a intitularem-se Comandantes das respectivas Forças Armadas, sendo que os cargos de Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são privativos de oficiais-generais do último posto da respectiva Força.

O Presidente da República, na condição de Comandante Supremo das Forças Armadas, será assessorado, no que concerne ao emprego de meios militares, pelo Conselho Militar de Defesa[30] e, no que concerne aos demais assuntos pertinentes à área militar, pelo Ministro de Estado da Defesa[31] (art. 2º da LC nº 97/1999).

As Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) são subordinadas ao Ministro de Estado da Defesa (que exerce a direção superior das Forças Armadas), dispondo de estruturas próprias. Cada qual, conforme visto, terá, singularmente, um Comandante, indicado pelo Ministro de Estado da Defesa e nomeado pelo Presidente da República, o qual, no âmbito de suas atribuições, exercerá a direção e a gestão da respectiva Força (art. 3º e art. 4º da LC nº 97/1999).

Por fim, lembramos que, nos termos do art. 12, § 3º, VII, da CF/1988, o Ministro de Estado da Defesa deverá, dentre os requisitos previstos no art. 87, da CF/1988, ser brasileiro nato, não estando este pressuposto estabelecido para os demais Ministros de Estado.

13.7 Segurança Pública

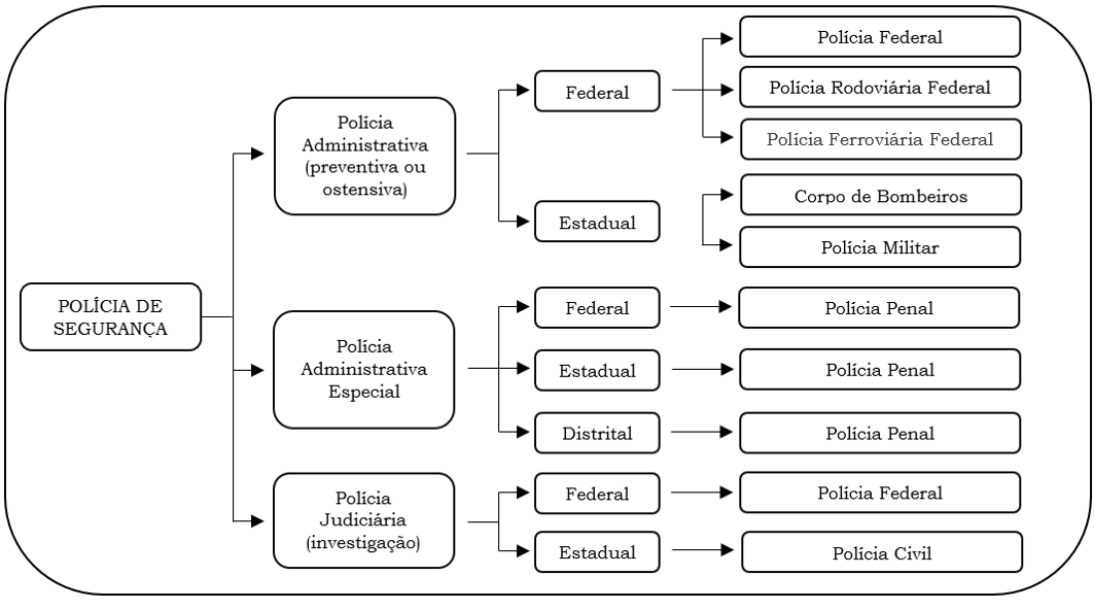
---

[28] Em relação ao reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, cf. item 19.9.2 (ADI 4.277 e ADPF 132).

[29] A LC nº 97/1999 foi modificada pela LC nº 117/2004 e pela LC nº 136/2010.

[30] O Conselho Militar de Defesa é composto pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (lembrar que os respectivos Ministérios foram transformados em Comandos, com a criação do Ministério da Defesa pela EC nº 23/1999) e pelo Chefe do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas, tendo por integrante e Presidente o Ministro de Estado da Defesa.

[31] Como já vimos, o Ministério da Defesa foi criado pela EC nº 23/1999.



13.7.1 Aspectos gerais

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, adotando um conceito moderno, "o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".[32]

Assim, podemos distinguir a) polícia administrativa *lato sensu*; b) polícia de segurança, dividida esta em polícia administrativa (preventiva, que não deve confundir-se com a ideia de poder de polícia *lato sensu* do Estado) e polícia judiciária. Concentraremos a análise na polícia de segurança.

O objetivo fundamental da segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio e se implementa por meio dos seguintes órgãos (art. 144, I ao VI, da CF/1988):

- polícia federal;
- polícia rodoviária federal;
- polícia ferroviária federal;
- polícias civis;
- polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- polícias penais federal, estaduais e distrital (EC nº 104/2019).

Trata-se de rol taxativo e deverá ser observado no âmbito dos demais entes federativos, que não poderão criar novos órgãos distintos daqueles designados pela Constituição Federal.[33]

---

[32] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo.*

[33] "Os Estados-membros, assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O art. 144, da CF/1988, aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta, pois vedada aos Estados-Membros a possibilidade de estender o rol, que esta Corte já firmou

A atividade policial divide-se, então, em duas grandes áreas: administrativa (no sentido estrito indicado) e judiciária. A polícia administrativa (polícia preventiva, ou ostensiva) atua preventivamente, evitando que o crime aconteça. Já a polícia judiciária (polícia de investigação) atua repressivamente, depois de ocorrido o ilícito penal, exercendo atividades de apuração das infrações penais cometidas, bem como a indicação da autoria. Não lhe cabe a promoção da ação penal, atribuição essa privativa do Ministério Público nas ações penais públicas, na forma, da Lei (art. 129, I, da CF/1988).

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.830/2013, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados (art. 3º, da Lei nº 12.830/2013).

A citada Lei nº 12.830/2013 trouxe diversas garantias ao dispor sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, destacando-se (art. 2º, da Lei nº 12.830/2013):

• ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais;[34]

• durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos;

• o inquérito policial ou outro procedimento previsto em Lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação;

• a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado. Sem dúvida, importante previsão, da Lei;

• o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

---

ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito" (ADI 1.182, voto do Rel. Min. Eros Grau, j. 2005, Plenário, DJ de 2006. No mesmo sentido: ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, Plenário, DJE de 2011; ADI 236, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 1992, Plenário, DJ de 2001).

[34] A Lei nº 13.432/2017 dispôs sobre o exercício da profissão de detetive particular, admitindo a sua colaboração com a investigação policial em curso desde que expressamente autorizado pelo seu contratante, ficando, contudo, o aceite da colaboração a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo (art. 5º, da CF/1988). Sobre o tema, cf. item 14.10.29.3, deixando expresso que a lei, acertadamente, veda ao detetive particular participar diretamente de diligências policiais (art. 10, IV, da CF/1988).

Todas essas regras estão sendo discutidas no STF no julgamento conjunto das ADIs 5.043, 5.059 e 5.073 (pendentes):

• ADI 5.043 – ajuizada pela PGR, objetiva seja declarado que o poder de investigação não é exclusivo da autoridade policial (sobre o tema, cf. item 12.2.9 e julgamento pleno do RE 593.727 em 2015);

• ADI 5.059 – ajuizada pela Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL), questiona o art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013, sustentando que, ao possibilitar ao delegado requisitar, durante a investigação criminal, perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, haveria afronta o art. 5º X e XII, da CF/1988;

• ADI 5.073 – ajuizada pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL), requer seja declarada a inconstitucionalidade de toda Lei por haver alteração da natureza das funções exercidas pelo delegado de polícia.

Devemos acompanhar a evolução da jurisprudência da Corte, destacando-se, desde já, o entendimento firmado na ADI 5.508 no sentido de que "o delegado de polícia pode formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial" (art. 4º, § 2º e § 6º, da Lei nº 12.850/2013).

Tem razão José Afonso da Silva ao afirmar que "segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, da CF/1988), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança (realizado em outubro de 1985, acrescente-se), segundo o qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que "se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais"; e a de que "[...] a amplitude da missão de manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população", o que requer a adoção de outro princípio ali firmado, de acordo com o qual é preciso "adequar a Polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social".[35]

Finalmente, a Constituição fez a previsão de verdadeira Lei Orgânica dos órgãos de segurança pública ao estabelecer que a Lei disciplinará a organização e o funcionamento dos

[35] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (art. 144, § 7º, da CF/1988).

A matéria foi disciplinada pela Lei nº 13.675/2018, que institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

13.7.2 Cooperação entre a União e os Estados-Membros e o DF e a Força Nacional de Segurança Pública

Com o objetivo de minimizar os efeitos danosos à população causados, por exemplo, pelas "greves" (visto que inadmitidas) em setores essenciais, como o da polícia militar, o Presidente da República adotou a MP nº 2.205/2001, convertida na Lei nº 10.277/2001, e que, posteriormente, foi revogada, passando a matéria a ser disciplinada pela Lei nº 11.473/2007.

De acordo com o novo dispositivo legal, a União poderá firmar convênio com os Estados-Membros e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.[36]

Referida cooperação federativa compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública, sendo que as atividades terão caráter consensual e serão desenvolvidas sob a coordenação conjunta da União e do ente federativo que firmar o convênio.

Sublinhamos, nessa linha de medidas, o Decreto nº 5.289/2004, que, disciplinando a organização e o funcionamento da Administração Pública federal, desenvolveu um programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, em atenção ao princípio da solidariedade federativa (art. 144 e art. 241, da CF/1988).

A Força Nacional de Segurança Pública poderá ser empregada em qualquer parte do território nacional, mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado, do

[36] O art. 3º, I ao XI, da Lei nº 11.473/2007: Art. 3º – considera atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio: I – o policiamento ostensivo; II – o cumprimento de mandados de prisão; III – o cumprimento de alvarás de soltura; IV – a guarda, a vigilância e a custódia de presos; V – os serviços técnico-periciais, qualquer que seja sua modalidade; VI – o registro e a investigação de ocorrências policiais; VII – as atividades relacionadas à segurança dos grandes eventos; VIII – as atividades de inteligência de segurança pública; IX – a coordenação de ações e operações integradas de segurança pública; X – o auxílio na ocorrência de catástrofes ou desastres coletivos, inclusive para reconhecimento de vitimados; e XI – o apoio às atividades de conservação e policiamento ambiental.

Distrito Federal ou de Ministro de Estado (Decreto nº 7.957/2013) e atuará somente em atividades de policiamento ostensivo (preventivo) destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O contingente mobilizável da Força Nacional de Segurança Pública será composto por servidores que tenham recebido do Ministério da Justiça treinamento especial para atuação conjunta, integrantes das polícias federais e dos órgãos de segurança pública dos Estados que tenham aderido ao programa de cooperação federativa.

"Inspirada nas forças de paz da Organização das Nações Unidas (ONU), a Força Nacional de Segurança Pública foi criada pelo governo federal para apoiar os estados em momentos de crise"[37] (cf. diversas missões já realizadas no Portal do Ministério da Justiça – www.mj.gov.br).

13.7.3 BEPE – Batalhão Especial de Pronto Emprego

Com o objetivo de destacar o assunto para os ilustres candidatos aos concursos ligados à área de segurança pública, lembramos que em setembro de 2008 iniciaram-se as atividades do BEPE – Batalhão Especial de Pronto Emprego, localizado em Luziânia (GO), região do entorno do DF.

"O Batalhão Especial de Pronto Emprego (BEPE) é um novo setor especializado da Força Nacional de Segurança Pública para o treinamento de policiais, que poderão atuar de forma imediata em situações de grave crise. Pela proposta, cada estado deve ceder os policiais por um ano, que retornarão aos locais de origem com todo o equipamento utilizado durante a capacitação, inclusive viaturas, armas letais e não letais, coletes e capacetes balísticos de última geração. A iniciativa visa disseminar tecnologia de ponta e conhecimento com foco principal na preservação da vida e no respeito aos Direitos Humanos".

"A diferença entre o BEPE e as ações regulares da Força Nacional é, principalmente, o tempo de resposta às demandas dos estados e a permanência. Quando há o pedido de auxílio à Força Nacional, o Ministério da Justiça tem que convocar homens já treinados que retornaram aos estados de origem. Da requisição dos policias até a chegada no local da crise, são necessários alguns dias. Com o BEPE, os homens já estarão aquartelados e poderão se deslocar rapidamente" (cf. Notícias MJ, 2008).

13.7.4 UPPs – Unidades de Polícia Pacificadora (RJ)

Vários modelos de políticas buscam a redução da violência, seja no Brasil, seja no mundo, associados ou não a intervenções sociais.

---

[37] Cf. Notícias MJ, 2006.

As UPPs, implantadas no final de 2008, não são um novo órgão, mas, basicamente, uma política de segurança estabelecida pelo Estado do Rio de Janeiro, buscando a retomada de territórios antes controlados por criminosos e, assim, sob o controle estatal, o restabelecimento da paz e da tranquilidade públicas ameaçadas.[38]

13.7.5 Polícias da União

Os órgãos que compõem a polícia no âmbito federal são: polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal e polícia penal federal.

13.7.5.1 Polícia Federal (PF)

A polícia federal, fundada na hierarquia e na disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça e será instituída por Lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União. Estruturada em carreira, destina-se a:

• apurar infrações penais contra a ordem política[39] e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;[40]

• prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

• exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

---

[38] Alguma outra informação pode ser obtida em: http://www.upp.rj.gov.br.

[39] Interessante observar que o constituinte utilizou a expressão ordem política, e não ordem pública como consta no art. 144, caput, da CF/1988.

[40] Nessas hipóteses, de acordo com a Lei nº 10.446/2002, ampliada pelas Lei nº 12.894/2013, Lei nº 13.124/2015 e Lei nº 13.642/2018, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144, da CF/1988, em especial das polícias militares e civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais: sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (art. 148 e art. 159, do CP), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; formação de cartel (art. 4º, I, "a", II, III e VII, da Lei nº 8.137/1990); relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273, do DL nº 2.848/1940 – Código Penal); furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação; quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. Trata-se de rol exemplificativo previsto no art. 1º, da Lei nº 10.446/2002, já que, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.446/2002, atendidos os pressupostos do caput, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça. A atribuição para a polícia federal apurar infrações penais nas hipóteses fixadas na Lei independe da competência para o julgamento do crime, que poderá, inclusive, ser estadual.

• exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. A Carreira Policial Federal é composta pelos seguintes cargos:

• Delegado de Polícia Federal;

• Perito Criminal Federal (áreas 1 a 18);

• Escrivão de Polícia Federal;

• Papiloscopista Policial Federal;

• Agente de Polícia Federal.

Todos esses cargos são de nível superior e o ingresso ocorrerá sempre na terceira classe, mediante concurso público, de provas ou de provas e títulos, exigido o curso superior completo, em nível de graduação, observados os requisitos fixados na legislação pertinente (art. 2º, da Lei nº 9.266/1996).[41]

Apesar de todos os cargos integrarem a mesma carreira e serem de nível superior, há diferença remuneratória em relação aos chamados EPAs (escrivães, papiloscopistas e agentes) e que tem gerado eterna tensão política entre os seus integrantes. Vejamos (Lei nº 12.775/2012 e Lei nº 13.034/2014):

CARGO	**CLASSE**	**VALOR DO SUBSÍDIO A PARTIR DE 1º.01.2015**
DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL PERITO CRIMINAL FEDERAL	• especial • primeira • segunda • terceira	• R$ 22.805,00 • R$ 20.256,59 • R$ 17.330,34 • R$ 16.830,85
ESCRIVÃO DE POLÍCIA FEDERAL PAPILOSCOPISTA POLICIAL FEDERAL AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL	• especial • primeira • segunda • terceira	• R$ 13.756,93 • R$ 10.965,77 • R$ 9.132,61 • R$ 8.702,20

No final de 2014, tivemos a introdução de novas regras em relação ao cargo de delegado de polícia federal, destacando-se a previsão explícita de que os seus ocupantes exercem função de natureza jurídica. Assim, ao menos nos termos da "letra, da lei",[42] os integrantes dos demais cargos não estão autorizados a exercer funções dessa natureza (sem dúvida,

[41] Essa disposição foi introduzida pela Lei nº 13.034/2014, fruto de conversão da MP nº 650/2014. Na Mensagem nº 184, encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, encontramos a lógica dessa previsão que, aparentemente, não trazia novidades, já que, desde 1996, para todos os cargos da carreira policial, exigia-se o nível superior. Vejamos: "a proposta busca registrar em texto legal que todos os cargos da Carreira Policial são de nível superior. Tal questão se refere mais especificamente aos cargos de Agente de Polícia Federal, Escrivão de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, para os quais, desde a edição, da Lei nº 9.266/1996, é exigido curso superior para ingresso. Entretanto, os cargos se mantêm legalmente como sendo de nível intermediário. O DL nº 2.320/1987, que tratou do ingresso nas categorias funcionais da Carreira Policial Federal dispôs, no art. 2º, do DL nº 2.320/1987, que "as categorias funcionais de Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal são classificadas como categorias de nível médio". Esta situação não foi alterada em legislação posterior que reestruturou a Carreira Policial Federal, a supracitada Lei nº 9.266/1996".

[42] Estamos nos referindo à MP nº 657/2014, convertida na Lei nº 13.047/2014, que introduziu novas regras à Lei nº 9.266/1996 que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal.

trata-se de inegável conquista dos delegados de polícia, frustrando expectativas dos integrantes dos demais cargos da carreira policial).[43]

Em razão dessa previsão (exercício de função de natureza jurídica), houve a ampliação de requisitos mínimos para o ingresso no cargo de delegado de polícia federal: o concurso público, que é privativo de bacharel em direito, será de provas e títulos, com a participação da OAB e passou a exigir 3 anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse (esse modelo de quarentena de entrada já havia sido introduzido para os cargos de juiz de direito e membro do Ministério Público pela EC nº 45/2004 – Reforma do Poder Judiciário).

Outro ponto de definição foi em relação ao cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Até o advento da MP nº 657/2014, convertida na Lei nº 13.047/2014, referido cargo era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. Assim, diante da inexistência de explicitação dos requisitos, a Polícia Federal já teve como Diretor-Geral militares. Após o regime ditatorial, somente em 1986 a Polícia Federal teve um diretor civil que, no caso, era da Polícia Civil de São Paulo (Romeu Tuma). O primeiro integrante da própria carreira e, no caso, delegado de polícia federal, foi Amaury Aparecido Galdino, em 1992. Entre 1993 e 1995, tivemos, novamente, um militar (o Coronel Wilson Brandi Romão). A partir de 1995, até o advento da Lei nº 13.047/2014, mesmo sem a previsão normativa, na prática, todos os diretores-gerais foram escolhidos dentre delegados de polícia federal.[44]

Depois de quase 20 anos, essa praxe de escolha virou regra normativa. De acordo com o art. 2º-C, da Lei nº 9.266/1996 (introduzido pela Lei nº 13.047/2014), o cargo de Diretor-Geral, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial.[45]

---

[43] Em outubro de 2014, em oposição à MP nº 657, a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF) anunciou paralisação de escrivães, papiloscopistas e agentes (os EPAs). Conforme noticiado à época, "em tramitação no Congresso, a MP 657 (que foi convertida na Lei nº 13.047/2014, acrescente-se) foi recebida pela categoria como uma reedição da PEC-37, que dá poderes exclusivos à Polícia para realizar investigações criminais, limitando o poder do Ministério Público e alimentando o corporativismo dentro da PF" (Notícia de 2014). Em 2014, a Min. Assusete Magalhães, do STJ, nos autos da Pet 10.484 (2014/0108388-0), reforçou a proibição de paralização da categoria, reiterando decisão liminar proferida em 2014, aumentando o valor da multa, fixada a título de astreintes, de R$ 200.000,00 para R$ 500.000,00 por dia de descumprimento.

[44] Informações retiradas da Revista Prima, da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), nº 79/80, 2014. Observamos que a OAB-SP, à época da MP nº 657, lançou nota apoiando, em sua integralidade, as novidades. Por outro lado, o MPF apresentou Nota Técnica da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre referida MP expressando explícito posicionamento contrário à sua aprovação.

[45] Cabe observar que, até o fechamento desta edição, ainda não havia regra explícita sobre o prazo do mandato do Delegado-Geral, o processo oficial de escolha e a forma de sua destituição. Diante dessa realidade, os Delegados de Polícia Federal, reunidos no VI Congresso Nacional dos Delegados de Polícia Federal, convocado pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF, realizado em Vitória e Vila Velha, no Espírito Santo, 2014, com o propósito de discutir "Os desafios da Polícia Federal para o enfrentamento ao Crime Organizado", elaboraram 15 propostas em uma declaração pública de encerramento e que foram encaminhadas ao Presidente da República, destacando-se, sobre o tema em análise, a de nº 5, nos seguintes termos: "Os Delegados de Polícia Federal irão eleger seu Diretor-Geral, cargo privativo de Delegado de Polícia Federal posicionado na última classe da carreira, que passará a ser denominado "Delegado-Geral de Polícia Federal", por votação direta e secreta, mediante processo eleitoral conduzido pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, cuja lista tríplice será encaminhada ao Ministro da Justiça e dele para a Presidência da República para indicação. O prazo do mandato do Delegado-Geral, o processo oficial de escolha e a forma de

13.7.5.2 Polícia Rodoviária Federal (PRF)

A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma, da Lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. Não exerce, portanto, funções de polícia judiciária, visto que exclusividade da polícia federal (art. 144, § 1º, IV, da CF/1988).

O cargo de Policial Rodoviário Federal é regido pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112/1990) e pela Lei nº 9.654/1998, com as suas alterações. A Lei nº 12.775/2012, dando nova redação à Lei nº 9.654/1998 (que cria a carreira), estabeleceu que, a partir de 2013, o cargo de Policial Rodoviário Federal passa a ser de nível superior, estando a carreira estruturada nas seguintes classes: terceira, segunda, primeira e especial, na forma do Anexo I-A, observada a correlação disposta no Anexo II-A.

Compete à Polícia Rodoviária Federal realizar atividades de natureza policial envolvendo fiscalização, patrulhamento e policiamento ostensivo, atendimento e socorro às vítimas de acidentes rodoviários e demais atribuições relacionadas com a área operacional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, estando as competências descritas nos seguintes dispositivos (e que remetemos os nossos ilustres leitores, especialmente aqueles que prestam esse concurso público específico):

- Art. 20 do Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/1997;
- Decreto nº 1.655/1995;
- Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 3.741/2004.

13.7.5.3 Polícia Ferroviária Federal (PFF)

A polícia ferroviária federal, por seu turno, também órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma, da Lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

Historicamente, podemos lembrar, durante o Império, a edição do Decreto nº 641/1852 que instituiu a então denominada “Polícia dos Caminhos de Ferro”.

Observamos, contudo, mesmo diante do explícito comando constitucional (art. 144, § 3º, da CF/1988), a inexistência de plano de carreira.

---

destituição serão previstos em lei”. Até que haja alguma definição normativa, a classe vem tentando instituir esse modelo de participação na escolha, como se verifica, para se ter um exemplo, em outras carreiras, no âmbito do Ministério Público. Nesse sentido, no final de 2014, os delegados federais, por iniciativa da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) e da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL), formaram uma lista tríplice informal e a encaminharam ao Ministério da Justiça e à Presidência da República.

Em 2011, foi editada a Portaria nº 2.158/2011-MJ, com o objetivo de analisar alternativas para implementação do disposto no art. 29, § 8º, da Lei nº 10.683/2003 (revogada pela Lei nº 13.502/2017), elaborar plano de trabalho e efetuar as recomendações aos órgãos competentes.

Até o fechamento desta edição, contudo, a perspectiva lançada para se implementar e resgatar a polícia dos trilhos ainda não era realidade. Como bem observou Cláudio Pereira de Souza Neto, "o que há, na prática, é apenas a segurança patrimonial exercida pelas próprias empresas concessionárias de serviço ferroviário".[46]

Essa complicada realidade foi agravada em razão das incertezas trazidas pela MP nº 821/2018, que, ao criar o Ministério Extraordinário da Segurança Pública, desvinculou a Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça, situação essa mantida em sua Lei de conversão (de acordo com o art. 68-A, II, "b", da Lei nº 13.502/2017, inserido pela Lei de conversão nº 13.690/2018, que mantinha a regra da desvinculação).

A situação foi novamente alterada pela Lei nº 13.844/2019, que revogou a Lei nº 13.502/2017 e, ao estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, juntou as duas pastas, transformando o Ministério da Justiça e o Ministério da Segurança Pública no Ministério da Justiça e Segurança Pública (art. 19, IX e art. 57, V, da Lei nº 13.844/2019), tendo como Ministro o ex-Juiz da denominada operação lava-jato, Sérgio Moro.

Em janeiro de 2020, a imprensa noticiou a possível separação do Ministério, o que foi visto como negativo pelo Ministro Sérgio Moro. O Presidente da República, contudo, em 2020, em viagem à Índia, recuou, dizendo que, no momento, as chances de separação eram "zero", mas alertou a incerteza para o futuro (verificar no momento do estudo – tema pendente).

13.7.5.4 Polícia Penal Federal (PPF)

A polícia penal federal foi criada pela EC nº 104/2019 e, vinculada ao órgão administrador do sistema penal federal, no caso, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (cf. art. 71 e art. 72, da Lei nº 7.210/1984 – LEP), a ela cabe a segurança dos estabelecimentos penais (cf. item 13.7.11).

13.7.6 Polícias dos Estados

[46] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, comentário ao art. 144, in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil*. Interessante texto sobre o histórico das ferrovias no Brasil, do seu auge à sua decadência, verificada no período de 1980 a 1992, até o processo de desestatização da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA (Lei nº 8.987/1995).

A segurança pública em nível estadual foi atribuída às polícias civis, às polícias militares e ao corpo de bombeiros e às polícias penais (EC nº 104/2019), organizados e mantidos pelos Estados (ao contrário da regra fixada para o Distrito Federal, que são organizados e mantidos pela União – art. 21, XIV, da CF/1988).

Apesar dessa regra de organização e manutenção estadual, deverão ser observadas as normas gerais federais (da União) sobre organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões (EC nº 103/2019) das polícias militares e corpos de bombeiros militares, além daquelas sobre organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (art. 22, XXI, e art. 24, XVI, da CF/1988).

Os integrantes das polícias civis devem ser reconhecidos como servidores estaduais civis (art. 39 ao art. 41, da CF/1988) enquanto, por outro lado, os das polícias militares e os dos corpos de bombeiros militares, como servidores militares dos Estados (art. 42, da CF/1988).

13.7.6.1 Polícia civil estadual

As polícias civis são dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbindo-lhes, ressalvada a competência da União (polícia federal), as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

De acordo com a Constituição, as polícias civis estaduais subordinam-se aos Governadores dos Estados (art. 144, § 6º, da CF/1988).

13.7.6.2 Nos Municípios em que o Departamento de Polícia Civil não contar com servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia de carreira, o atendimento nas delegacias de polícia poderá ser realizado por subtenente ou sargento da polícia militar?

O STF entendeu que a polícia de investigação só pode ser exercida pela polícia civil, e não pela PM, sob pena de se caracterizar desvio de função: “Constitucional. Administrativo. Decreto nº 1.557/2003-PR, que atribui a subtenentes ou sargentos combatentes o atendimento nas delegacias de polícia, nos municípios que não dispõem de servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia. Desvio de função.

Ofensa ao art. 144, caput, IV e V e § 4º e § 5º, da CF/1988. Ação direta julgada procedente” (ADI 3.614, Rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, j. 2007, DJ de 2007).

13.7.6.3 Polícia judiciária dos Estados – discussão sobre a escolha do diretor-geral da Polícia Civil. Superação do entendimento firmado na ADI 132? Reconstrução jurisdicional da própria teoria do federalismo (ADI 3.062). Análise da ADI 3.038 e da ADI 3.077 (resgate da tese firmada na ADI 132)

A investigação e a apuração de infrações penais (exceto militares e aquelas de competência da polícia federal), ou seja, o exercício da polícia judiciária, em âmbito estadual, couberam às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira (art. 144, § 4º, da CF/1988).

Nesse ponto específico, o STF discutiu a regra contida no art. 6º, parágrafo único, "a", da Lei nº 11.438/1991-GO, que restringiu a escolha, pelo Governador, do diretor-geral da Polícia Civil aos delegados de carreira da classe mais elevada.[47]

A ação foi proposta pela PGR, que "sustentava que a inclusão da expressão "da classe mais elevada" [...] contrariaria o art. 144, § 4º, da CF/1988, segundo o qual as polícias civis devem ser dirigidas por "delegados de polícia de carreira". De acordo com a inicial, "a Constituição Federal não traz esta limitação, prevendo, apenas, que as polícias civis serão dirigidas por delegados de carreira" (Notícias STF, 2010).

O STF, por maioria, vencido o Min. Dias Toffoli, que seguia entendimento então prevalente, firmado na ADI 132 (j. 2003), que declarava inconstitucional dispositivo semelhante constante da Constituição do Estado de Rondônia, evoluiu a jurisprudência e modificou o seu posicionamento, passando a entender que o Estado, ao disciplinar o assunto, tem competência legislativa para estabelecer um requisito a mais, ou seja, além da regra mínima prevista no art. 144, § 4º, da CF/1988, que exige ser o diretor integrante da respectiva carreira, que tenha experiência e, portanto, o cargo em comissão, de acordo com a referida regra estadual, deva ser preenchido por delegado da carreira da classe mais elevada, escolhido pelo Governador do Estado, prestigiando, dessa forma, a autonomia político-institucional da Federação.

Assim, "mencionou-se que a Constituição não poderia deixar de pressupor que a carreira significaria experiência e profissionalização do serviço público. Aduziu-se que o STF vem possibilitando uma verdadeira reconstrução jurisdicional da própria teoria do federalismo, afastando aquela anterior subordinação dos Estados-membros e dos Municípios

---

[47] Art. 6º, parágrafo único, "a", da Lei nº 11.438/1991-GO: "Art. 6º – Fica criado o cargo de Diretor-Geral da Polícia Civil, de provimento em comissão. Parágrafo único – O Diretor-Geral da Polícia Civil, com atribuições definidas em Decreto: "a" – é nomeado e exonerado pelo Governador dentre os delegados de polícia de carreira, da classe mais elevada, de conformidade com o art. 123, CE-GO".

ao denominado “standard federal” tão excessivamente centralizador, da CF/1969, na qual estabelecida uma concentração espacial do poder político na esfera da União. Tendo isso em conta, ressaltou-se que a federação brasileira fora uma construção artificial e que caberia a esta Corte auxiliar na arquitetura dessa autonomia estadual” (ADI 3.062, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, Plenário, DJE de 2011, Inf. 599/STF).

Dessa forma, conforme fixado no item 6 da ementa do referido acórdão, o critério estabelecido de se exigir, também, que o delegado geral seja da classe mais elevada da carreira de delegado de polícia “não só se coaduna com a exigência constitucional como também a reforça, por subsidiar o adequado exercício da função e valorizar os quadros da carreira”.

Apesar de estar claro esse novo e melhor entendimento firmado pelo STF na referida ADI 3.062, inclusive com o voto do Min. Marco Aurélio, tendo a Corte superado a posição estabelecida na ADI 132, deixamos a informação de julgamento posterior sobre o mesmo tema (ADI 3.038, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2015), envolvendo o art. 106, § 1º, da CE-SC que, em sua redação original, exigia que o delegado de polícia, para ser indicado como Diretor-Geral, estivesse no final da carreira. Na redação posterior, também analisada pelo STF, dada pela EC nº 18/1999, a CE-SC passou a estabelecer que a escolha se daria entre os delegados de polícia, sem usar o qualificativo “de carreira” e o requisito a mais de estar no “final da carreira”.

A ementa de referido julgado afirma ser inconstitucional a exigência de estar o delegado no último nível da organização policial.

Contudo, lendo o acórdão, essa questão não foi analisada pelo STF, pois, o que se verificou foi apenas a indicação da interpretação conforme a Constituição (ser delegado de carreira).

Esse novo julgamento, depois de mais de 11 anos de tramitação da ação, durou menos de 2 minutos. Isso mesmo, 2 minutos e sem a manifestação de qualquer outro Ministro. Portanto, não houve debate. Entendemos, então, que a ementa do acórdão não reflete o posicionamento da Corte firmado na ADI 3.062.

Pensamos que a melhor interpretação é no sentido de que os entes federativos teriam liberdade para, partindo de um standard mínimo e de necessária observância (a escolha tem que se dar entre delegados de polícia de carreira e que ingressaram por concurso público – art. 144, § 4º, da CF/1988), criar mais um requisito tido como razoável (ADI 3.062), qual seja, que a escolha tenha que se dar em relação aos delegados integrantes do mais alto nível da carreira.

Nesse sentido de ampliação de requisitos, destacamos a Lei nº 13.047/2014, que estabeleceu que o cargo de Diretor-Geral a ser nomeado pelo Chefe do Poder Executivo deve ser privativo de delegado de polícia integrante da classe especial (a Lei trata tanto da polícia

federal – e, no caso, a nomeação dar-se-á pelo Presidente da República, como da polícia do DF, hipótese em que a nomeação será feita pelo Governador do Distrito Federal).

CUIDADO: apesar desse nosso entendimento e dos precedentes da Corte, devemos alertar que o STF, no julgamento do art. 127, § 1º, da CE-SE (que estabelecia que a Superintendência da Polícia Civil seria exercida por delegado de polícia integrante da classe final da respectiva carreira), deu interpretação conforme o art. 144, § 4º, da CF/1988, "para circunscrever a escolha do Superintendente da Polícia Civil, pelo Governador do Estado, a delegados ou delegadas de polícia da carreira, independentemente do estágio de sua progressão funcional" (ADI 3.077, j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

13.7.6.4 Polícia ostensiva ou preventiva dos Estados – PM e Corpo de Bombeiros Militares

Já a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (polícia administrativa) ficaram a cargo das polícias militares, forças auxiliares e reserva do Exército.[48]

Aos corpos de bombeiros militares, também considerados forças auxiliares e reserva do Exército, além das atribuições definidas em Lei (por exemplo, prevenção e extinção de incêndios, proteção, busca e salvamento de vidas humanas, prestação de socorro em casos de afogamento, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidades públicas etc.), incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Tanto as polícias civis, as polícias penais (EC nº 104/2019), como as polícias militares e o corpo de bombeiros subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 144, § 6º, da CF/1988).

Apenas para explicitar, devemos destacar que os militares são não só os integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica – art. 142, da CF/1988), mas também os integrantes das Forças Auxiliares e reserva do Exército (polícias militares e corpos de bombeiros militares – art. 42, caput, c/c o art. 144, § 6º, da CF/1988). Os primeiros estão organizados em nível federal (como vimos, as Forças Armadas são instituições nacionais), enquanto os membros das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, instituições organizadas, também, com base na hierarquia e disciplina, em nível estadual, distrital ou dos Territórios.

---

[48] Segundo ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, "isso significa que em caso de estado de emergência ou estado de sítio, ou em decorrência de uma guerra, os integrantes destas corporações poderão ser requisitados pelo Exército para exercerem funções diversas da área de segurança pública" (cf. http://www.militar.com.br). No referido site no item "direito militar", o autor, que é juiz federal da Justiça Militar da União no Estado de Minas Gerais, traz vários artigos de altíssimo conteúdo sobre questões relacionadas à Justiça Militar. Para os concursos, especialmente aqueles mais específicos, vale conferir. Cf. ainda, os sites do TJM de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente: http://www.tjmsp.jus.br e http://www.tjmmg.jus.br.

Não obstante a EC nº 18/1998 tenha procurado tratar separadamente os militares das Forças Armadas e os militares dos Estados, do DF e dos Territórios, o art. 42, § 1º, da CF/1988, estabelece que se aplicam a estes últimos, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º, art. 40, § 9º e art. 142, § 2º e § 3º, da CF/1988,[49] cabendo à Lei Estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, da CF/1988, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Em relação à definição específica da remuneração (art. 142, § 3º, X, da CF/1988), entendeu o STF que o impedimento constante no art. 13, § 4º, da CF/1957, na redação dada pela EC nº 1/1969, que proibia o pagamento de remuneração aos militares estaduais (e do DF) superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército, não foi mantido na CF/1988. Assim, a remuneração poderá ser superior e, ainda, no caso, se superior, esse parâmetro remuneratório não poderá servir de fundamento para a equiparação remuneratória.

Como bem definiu o STF, "o art. 37, XIII, da CF/1988 coíbe a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias no âmbito do serviço público. Destarte, a pretensão dos recorrentes se afigura evidentemente incompatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que importa a equiparação de vencimentos entre os integrantes das Forças Armadas e os militares do Distrito Federal. Precedentes de ambas as Turmas em casos idênticos: ARE 652.202-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª T., DJE de 2014; ARE 651.415-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª T., DJE de 2012" (ARE 665.632, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2015, Plenário, DJE de 2015).

13.7.6.5 Polícia penal estadual (EC nº 104/2019)

A polícia penal estadual foi criada pela EC nº 104/2019 e, vinculada ao órgão administrador do sistema penal de cada Estado, a ela cabe a segurança dos estabelecimentos penais (cf. item 13.7.11).

13.7.7 Polícias do Distrito Federal

SISTEMA HIBRIDO	
SUBORDINAÇÃO	**ORGANIZAÇÃO E MANUTENÇÃO**
•Governador DF (art. 144, § 6º, da CF/1988)	• União (art 21, XVI, da CF/1988)

[49] Sobre a questão específica de aplicação da pena de perda do posto e da patente (oficiais) e da graduação (praças), cf. discussão no item 11.8.6.3.3 Ainda, recomendamos a leitura de todo o item 11.8.6 para aprofundamento em relação aos Militares.

Conforme já explicitamos, o art. 32, § 4º, da CF/1988, declara inexistirem polícia civil, polícia penal (EC nº 104/2019), política militar e corpo de bombeiros militar pertencentes ao Distrito Federal, devendo Lei Federal dispor sobre a sua utilização pelo Governo do Distrito Federal.

Tais instituições, embora subordinadas ao Governador do Distrito Federal (art. 144, § 6º, da CF/1988), são organizadas e mantidas diretamente pela União (regra essa reforçada pela redação conferida ao art. 21, XIV,, da CF/1988, dado pela EC nº 19/1998 e preservada na EC nº 104/2019, que criou as polícias penais).

Consagra-se, dessa forma, um regime jurídico híbrido, particular aos integrantes da polícia civil, da polícia penal (EC nº 104/2019), da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do DF. Referidos organismos estão sujeitos à disciplina fixada em Lei Federal, editada pelo Congresso Nacional, e não pela Câmara Legislativa do DF, concernente aos vencimentos de seus membros.[50]

Esse entendimento está consagrado na Súmula Vinculante 39/STF, que tem a seguinte redação: "compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal" (aprovada em 2015, fruto de conversão da S. 647/STF, com a inclusão da expressão "e do corpo de bombeiros militar", DJE de 2015. Com o advento, da EC nº 104/2019, referida súmula vinculante deverá ser atualizada para fazer ali constar, também, a polícia penal).

Conforme visto no item anterior, a Lei (no caso, federal) poderá estabelecer remuneração superior para os militares do DF em relação aos militares das Forças Armadas e, no caso, em razão da proibição de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias pela Constituição Federal (art. 37, XIII, da CF/1988), os integrantes dessas últimas não poderão pleitear judicialmente a equiparação remuneratória (ARE 665.632, j. 2015).

Por serem organizados e mantidos pela União, o controle das contas deve ser feito pelo TCU, e não pelo TCDF.

Nesse sentido, o STF, ao analisar o caso específico do Fundo Constitucional do Distrito Federal, que tem por finalidade prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia penal (EC nº 104/2019), da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do DF, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, consoante disposto no art. 21, XIV, da CF/1988 (recursos pertencentes aos cofres federais (Tesouro Nacional), estabeleceu que "a competência para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados ao FCDF é do Tribunal de Contas da União – TCU", e não

[50] Nesse sentido, cf. RTJ 153/116, Rel. Min. Marco Aurélio; RTJ 165/500-501, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 1.475/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti; ADI 2.102/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 207.440/DF, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 207.627-ED/DF, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 209.161/DF, Rel. Min. Moreira Alves; RE 215.828/DF, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 218.479/DF, Rel. Min. Moreira Alves; RE 221.693/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 2000; RE 241.494/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti; SS 846-AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e, ainda, Infs. 207 e 278/STF.

ao Tribunal de Contas do Distrito Federal (MS 28.584 AgR, j. 2019, 2ª T., DJE de 2019). Esse entendimento segue a mesma lógica do fixado pelo pleno em relação aos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, repassados aos Estados e Municípios, que, por serem federais, são também controlados pelo TCU (ADI 1.934, j. 2019).

Finalmente, questão interessante foi resolvida pelo STF envolvendo o art. 7º, I e III, da Lei nº 3.669/2005-DF,[51] que, ao criar a Carreira de Atividades Penitenciárias, estabeleceu atribuições de administração penitenciária, como a de guarda dos estabelecimentos prisionais, para o cargo criado de técnico penitenciário.

Diante da regra contida no art. 21, XIV, da CF/1988, na redação anterior à trazida pela EC nº 104/2019, discutiu-se se a atividade de carceragem de presídios seria ou não atividade ligada à segurança pública e, nesse caso, de iniciativa reservada ao Congresso Nacional.

Nesse primeiro momento, o STF, no julgamento da ADI 3.916 (Rel. Min. Eros Grau, j. 2010), entendeu que as atividades criadas pela Lei Distrital para os Técnicos Penitenciários poderiam ser disciplinadas no âmbito do DF, por se tratar não de atividades específicas ligadas à polícia civil (segurança pública), mas de direito penitenciário, cuja competência é concorrente entre o DF, no caso, e a União, nos termos do art. 24, I, da CF/1988.

Em nosso sentir, essa interpretação estabelecida pelo STF está superada a partir do advento, da EC nº 104/2019, que criou a polícia penal distrital, com atribuição para a segurança dos estabelecimentos penais (cf. item 13.7.11 e eventual nova manifestação do STF – pendente).

13.7.8 Polícias dos Territórios

Embora os Territórios sejam uma descentralização administrativa da União, integrando-a, a EC nº 19/1998, alterando a redação do art. 21, XIV, da CF/1988 (situação essa não modificada pela EC nº 104/2019, que criou as polícias penais federal, estaduais e distrital), não mais previu para a União (pelo menos expressamente) a atribuição de organização e manutenção das polícias civil e militar, e do corpo de bombeiros dos Territórios, endereçando referida regra apenas e exclusivamente ao Distrito Federal. Resta aguardar como os tribunais interpretarão a propositalexclusão dos Territórios da redação dada ao art. 21, XIV, da CF/1988, que conferia à União o dever de organizar e manter as referidas polícias dos Territórios, o que, dada a natureza destes, de autarquias federais – uma *longa manus* da União –, continuarão, em nossa análise, sendo organizados e mantidos pela União.

---

[51] De acordo com o art. 7º, I e III, da Lei nº 3.669/2005-DF: "Art. 7º – São atribuições gerais do Técnico Penitenciário, além de outras decorrentes do seu exercício: I – exercer, operacionalizar tarefas de atendimento, serviço de vigilância, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais do Distrito Federal (...); III – organizar, protocolar, preparar, expedir e arquivar documentos, promover controle de pessoal, tramitar processos e expedientes dos estabelecimentos penais".

Por fim, entendendo tratar-se de tema muito específico, mas procurando cumprir os objetivos deste trabalho, destacamos o art. 31, da EC nº 19/1998, aperfeiçoado pela EC nº 79/2014[52] e ampliado pela EC nº 98/2017. Esta última alterou novamente o art. 31, da EC nº 19/1998 para prever a inclusão, em quadro em extinção da administração pública federal, de servidor público, de integrante da carreira de policial, civil ou militar, e de pessoa que haja mantido relação ou vínculo funcional, empregatício, estatutário ou de trabalho com a administração pública dos ex-Territórios ou dos Estados do Amapá ou de Roraima, inclusive suas prefeituras, na fase de instalação dessas unidades federadas, e dá outras providências.

13.7.9 Policiais civis e militares: Direito de greve (?) e anistia (?)

13.7.9.1 Direito de greve?

Não.

Conforme vimos, nos termos do art. 142, § 3º, IV, da CF/1988, ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

Assim, os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), bem como os militares dos Estados, do DF e dos Territórios (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares – art. 42, § 1º, da CF/1988, que determina a aplicação do art. 142, § 3º, da CF/1988), estão proibidos de exercer o direito de greve, confirmando, então, que referido direito fundamental não é absoluto.

E os integrantes da polícia civil, poderiam exercer o direito de greve?

Em tese, por serem servidores públicos (e não militares), poderiam, aplicando-se o art. 37, VII, da CF/1988, especialmente diante das decisões proferidas pelo STF nos MIs 670, 708 e 712, o qual, adotando a posição concretista geral, assegurou o direito de greve a todos os servidores públicos, determinando a aplicação, da Lei do setor privado, qual seja, a Lei nº 7.783/1989, até que a matéria seja regulamentada por Lei Ordinária específica.

CONTUDO, em momento seguinte, e restringindo a decisão tomada nos referidos mandados de injunção, o STF entendeu que alguns serviços públicos, em razão de sua essencialidade para a sociedade, deverão ser prestados em sua totalidade, como é o caso do

---

[52] Conforme se observa pela "justificação" da PEC 111/2011, convertida na EC nº 74/2014, "embora editadas a EC nº 19/1998, e a EC nº 60/2009, estas não se revelaram suficientes para regularizar todas as situações que envolvem o pessoal contratado pelos ex-Territórios, principalmente porque os dispositivos constitucionais não fizeram referência expressa aos servidores municipais contratados até 1988, como também não contemplaram aqueles que trabalharam no período de instalação dos Estados de Roraima e Amapá". Esse período, que compreende a criação pela Constituição Federal de 1988 até a efetiva instalação do Estado, foi definido pelo STF como sendo de 5 anos a contar da promulgação, da CF/1988. Vejamos: "Servidores públicos do extinto Território Federal do Amapá: reclamação trabalhista: ilegitimidade passiva do Estado do Amapá: responsabilidade total da União pelos encargos financeiros decorrentes das despesas de pessoal do novo Estado federado até o final dos cinco anos de sua instalação (art. 235, IX, da CF/1988 e art. 14, § 2º, da ADCT)" (RE 396.547, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2005, 1ª T., DJ de 2005).

serviço de segurança pública, determinando a aplicação da vedação para os militares e, assim, proibindo, o seu exercício pelas polícias civis. Vejamos a ementa do julgado:

EMENTA: "Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV, da CF/1988)" (Rcl 6.568, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário, DJE de 2009. No mesmo sentido, cf. Rcl 11.246-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Nessa mesma linha o Min. Peluso se pronunciou ao cassar, em sede da AC 3.034, decisão de Desembargador do TJDFT que permitiu o exercício de greve pelos policiais civis (matéria pendente de apreciação pelo pleno do STF). Em suas palavras, "... a interpretação unitária da Constituição me leva, junto com o eminente Relator no seu belo voto (refere-se à Rcl 6.568, acrescente-se), a concluir que os policiais não têm direito de greve, assim como não o têm outras categorias, sobre as quais não quero manifestar-me na oportunidade, porque seria impertinente. E não o têm, porque lhes incumbem, nos termos do art. 144, caput, da CF/1988, dois valores incontornáveis da subsistência de um Estado: segurança pública e a incolumidade das pessoas e dos bens. Ora, é inconcebível que a Constituição tutele estas condições essenciais de sobrevivência, de coexistência, de estabilidade de uma sociedade, de uma nação, permitindo que os responsáveis pelo resguardo desses valores possam, por exemplo, entrar em greve, reduzindo seu efetivo a vinte por cento" (AC 3.034, Rel. Cezar Peluso, j. 2011, decisão monocrática da Presidência, DJE de 2011).

Cabe ainda lembrar que, em momento seguinte, a Corte, por 6 x 3, reafirmou esse entendimento ao apreciar o tema 541 da repercussão geral, fixando a seguinte tese: "o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública" (ARE 654.432, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 2017, Plenário).[53]

[53] Muito embora o voto do Rel. Min. Edson Fachin admitisse o exercício do direito fundamental de greve por parte dos policiais civis, a divergência aberta pelo Min. Alexandre de Moraes prevaleceu, reafirmando a sua impossibilidade. Em seu voto, o Ministro não justifica essa vedação nos termos da aplicação analógica do art. 142, § 3º, IV, da CF/1988, mas em razão de interpretação conjunta dos art. 9º, § 1º, art. 37, VII, e art. 144, da CF/1988. Além da vedação constitucional à presença de armas para o exercício do direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF/1988), lembrando que os policiais civis dispõem do porte de arma por 24 horas, Moraes observa que, enquanto as Forças Armadas são o braço armado do Estado para a segurança nacional, "a carreira policial é o braço armado do Estado responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição não permite". Além desses argumentos,

Mas, se o direito de greve está vedado, como poderão os policiais civis reivindicar os seus direitos?

O Min. Barroso sustentou a possibilidade de os sindicatos acionarem o Poder Judiciário para a realização de mediação, na forma do art. 165, CPC, proposta esta materializada no item 2 da tese de julgamento. Vejamos: "é obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do CPC, para vocalização dos interesses da categoria".

13.7.9.2 Lei poderá conceder anistia a policiais civis ou militares (PM e Corpo de Bombeiros) em relação a eventuais crimes praticados e infrações disciplinares conexas decorrentes de participação em movimentos reivindicatórios?

A anistia caracteriza-se como uma espécie de clemência, de indulgência, de perdão do Estado, que, motivado por razões políticas, renuncia ao seu direito de punir em relação a delito cometido no passado.

Deve-se deixar claro que a anistia não abole o crime (*abolitio criminis*), já que só será aplicada a fatos passados, estando, pois, fixada como uma das causas extintivas de punibilidade (art. 107, II, do CP).

De acordo com o art. 5º, XLIII, da CF/1988, a Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O art. 21, XVII, da CF/1988, por sua vez, define que a competência para conceder anistia é da União, cabendo ao Congresso Nacional, por meio de Lei e com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a matéria (art. 48, VIII, da CF/1988), regra essa completada pelo art. 22, I, da CF/1988, que estabelece ser competência da União legislar sobre direito penal.

Diante dessas premissas, lembramos duas leis federais que concederam anistia aos policiais e bombeiros militares de determinados Estados, por terem participado de movimentos reivindicatórios.

A Lei Federal nº 12.191/2010, e a Lei Federal nº 12.505/2011, ampliada pela Lei Federal nº 13.293/2016, estabeleceram que a anistia abrange não só os crimes definidos no Código Penal Militar, e na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), como também as

---

Moraes observa que, diferentemente de outras atividades, como aquelas das áreas de saúde e educação, no tocante à segurança pública inexistem atividades paralelas na iniciativa privada (voto no ARE 654.432).

infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes definidos no Código Penal e nas leis penais especiais.

Fica claro, então, que a intenção do legislador, por meio de ato normativo federal, foi não só perdoar eventuais crimes militares praticados, como o motim (art. 149, do CPM[54]), a deserção (art. 187, do CPM[55]), a desobediência (art. 301, do CPM[56]) etc., como também – e o texto é expresso – supostas infrações administrativas, decorrentes de transgressões disciplinares, impossibilitando, pois, a imposição e a aplicação de punições disciplinares previstas nos Regulamentos das Forças.

A primeira Lei está sendo discutida no STF na ADI 4.377 e a segunda na ADI 4.869, não havendo, ainda, decisão pela Corte (matéria pendente).

Não resta dúvida de que a anistia estabelecida pela Lei Federal pode alcançar a infração penal militar, não havendo, para a hipótese, a fixação de iniciativa reservada ao Presidente da República, já que não consta tal matéria no rol do art. 61, § 1º, I e II, da CF/1988.

A questão que precisa ser decidida é se a Lei Federal poderia tratar de anistia a infrações disciplinares, supostamente praticadas por militares estaduais.

De acordo com o parecer da PGR na ADI 4.377, no tocante a servidores estaduais, sugere-se a necessidade de se aplicar o art. 61, § 1º, II, "c" e "f", da CF/1988, que, conforme vem entendendo o STF, determina a iniciativa exclusiva dos Governadores de Estado para disciplinar a matéria (imaginando que nas alíneas se enquadraria a anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais), sob pena de se ferir o princípio federativo e o princípio da divisão funcional do poder, bem como o dito "princípio da reserva de administração" (ADI 1.440).

Ainda, continua a PGR, se formos analisar a questão do ponto de vista das infrações disciplinares supostamente praticadas pelos servidores estaduais militares, outros argumentos poderiam ser lançados, fortalecendo a ideia da necessidade de Lei Estadual e de iniciativa reservada ao Governador de cada Estado, destacando-se:

• art. 144, § 6º, da CF/1988: estabelece que polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com polícias civis e as polícias penais (EC nº 104/2019), aos Governadores dos Estados. Assim, a análise

---

[54] Art. 149, I ao IV, do CPM: Art 149 – Reunirem-se militares ou assemelhados: I – agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la; II – recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência; III – assentindo em recusa conjunta de obediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior; IV – ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência a ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar (motim).

[55] Art. 187 do CPM: Art. 187 – Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias (deserção).

[56] Art. 301 do CPM: Art. 301 - Desobedecer a ordem legal de autoridade militar (desobediência).

de conveniência da anistia em relação às supostas infrações disciplinares (e não se está falando dos crimes) deveria partir do Chefe do Executivo;

• art. 22, XXI, da CF/1988: a competência da União restringe-se às normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões (EC nº 103/2019) das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

• art. 42, § 1º, da CF/1988: aplicam-se aos militares dos Estados, além do que vier a ser fixado em lei, dentre outras, as disposições do art. 142, § 3º, IV, da CF/1988, (proibição da sindicalização e da greve), cabendo à Lei Estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, da CF/1988, (direitos e deveres dos militares estaduais).

Um ponto não gera nenhuma dúvida, qual seja, a perfeita possibilidade de Lei Federal estabelecer a anistia de crimes, inclusive de supostos crimes militares previstos no Código Penal Militar.

No tocante às supostas infrações disciplinares praticadas por servidores estaduais (militares estaduais, ou até mesmo policiais civis estaduais), temos imaginado que, muito embora se reconheça a competência estadual para a matéria, desde que por Lei de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, parece razoável sustentar, em concorrência, a possibilidade de ser concedida anistia (para as referidas infrações disciplinares), também por Lei Federal do Congresso Nacional.

Isso porque, como as infrações decorrentes dos movimentos reivindicatórios caracterizam-se, em tese, como crimes e, em sendo essas infrações disciplinares conexas com referidos ilícitos, parece lógico reconhecer não somente a competência estadual como também a da União, estabelecendo-se, então, um sentido mais amplo para o instituto da anistia. Vejamos:

"EMENTA: Anistia a funcionários civis e a elementos da força pública estadual. 1. No direito brasileiro, a palavra "anistia" foi ampliada de sua acepção clássica e etimológica, para abranger também o cancelamento de débitos fiscais e de faltas disciplinares. Não há cláusula na Constituição que impeça ao legislativo estadual regular os casos de anistia de penas disciplinares impostas aos servidores públicos, embora aplicada pelo executivo dentro, da Lei" (RP 696, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 1966, Plenário, DJ de 1967. Na vigência, da CF/1988, cf.: ADI 104, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, Plenário, DJ de 2007).

Não estamos defendendo que o ato normativo federal (ou mesmo estadual) possa assegurar ao militar a sindicalização e a "greve", o que, inquestionavelmente, seria (flagrantemente) inconstitucional, por afronta ao art. 142, § 3º, IV, da CF/1988.

Também não estamos propondo que os policiais civis tenham o direito de greve, até porque o STF, apreciando o tema 541 da repercussão geral, fixou a tese segundo a qual "o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública" (ARE

654.432, j. 2017, Plenário, reafirmando o entendimento fixado na Rcl 6.568, segundo o qual, por se tratar de atividades análogas às dos militares, não se estendeu aos policiais civis o direito de greve que havia sido fixado aos servidores públicos em geral no julgamento dos MIs 670, 708 e 712 (cf. item 14.11.5.7).

CONTUDO, diante de movimentos reivindicatórios, não podemos, especialmente dentro do Estado Democrático de Direito, impedir que o Estado perdoe (por ato de clemência) os atos praticados, seja por Lei Federal em que se conceda a anistia (em seu sentido mais amplo proposto e, pois, abrangendo os crimes e infrações disciplinares conexas – art. 48, VIII, da CF/1988, não se exigindo a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo), seja por Lei Estadual, cancelando (extinguindo) as infrações disciplinares (anistia administrativa) e, assim, dispondo sobre os seus servidores, civis e militares (regime jurídico), devendo, nesse caso da competência estadual, referida Lei ser de iniciativa reservada dos Governadores de Estado (já que o Estado não pode legislar sobre anistia – art. 21, XVII, da CF/1988, sendo, então, o fundamento para a clemência outro, qual seja, os art. 61, § 1º, II, "c" e "f", da CF/1988).

No sentido da necessidade de iniciativa reservada aos Governadores em âmbito estadual, vem se pronunciando o STF:

"EMENTA: [...] Lei Estadual que concede "anistia" administrativa a servidores públicos estaduais que interromperam suas atividades – paralisação da prestação de serviços públicos. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que cabe ao chefe do Poder Executivo deflagrar o processo legislativo referente a Lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem assim disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. Aplica-se aos Estados-membros o disposto no art. 61, § 1º, II, da CF/1988. Precedentes. Inviável o projeto de Lei de iniciativa do Poder Legislativo que disponha a propósito servidores públicos – "anistia" administrativa, nesta hipótese – implicando aumento de despesas para o Poder Executivo" (ADI 341, Rel. Min. Eros Grau, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).[57]

Finalmente, estendendo a argumentação, além da perspectiva mais ampla do instituto da anistia, havendo decisão política no sentido da clemência (perdão), o ato poderia abranger não apenas os crimes, mas também as infrações disciplinares conexas, na medida em que, quando a conduta praticada estiver tipificada em Lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar (vide, nesse sentido, o art. 14, § 1º, do Decreto nº 4.346/2002, que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército – R4 – e dá outras providências).

---

[57] Nesse sentido, cf. ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 2001, DJ de 2001 (mérito pendente), e, confirmando a liminar deferida em 1996 (depois de 18 anos.), o julgamento de mérito da ADI 1.440, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, Plenário, DJE de 2014.

Propomos, então, a esquematização da matéria:

• a anistia (perdão, clemência) em relação a crimes deverá ser por Lei Federal;

• o ato político federal poderá dar um sentido mais amplo ao termo "anistia", englobando também as infrações disciplinares conexas. No caso de Lei Federal e adotando o sentido amplo do "perdão", não haverá afronta à regra da iniciativa reservada ao Governador (Chefe do Poder Executivo);

• por sua vez, concorrentemente, as leis estaduais poderão conceder a anistia administrativa aos servidores estaduais em relação às infrações disciplinares conexas (não por crimes). Nesse caso, a iniciativa do projeto de Lei terá de ser do Governador do Estado, pois disciplinará sobre o regime jurídico dos servidores estaduais.

Essa parece ser uma solução em relação às leis que concedem a anistia, seja para os supostos crimes, seja para as infrações disciplinares conexas decorrentes de participação em movimentos reivindicatórios (matéria pendente de definição pelo STF no julgamento das ADIs 4.377 e 4.869).

13.7.10 A extinção da pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal (Lei nº 13.967/2019)

O art. 5º, LXI, da CF/1988, estabelece que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Portanto, como regra geral, a prisão ou será em flagrante delito ou dependerá de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Existem exceções a essa regra geral para a hipótese de prisão?

Sim e estão indicadas no próprio dispositivo. Sustentamos que, por se tratar de direito e garantia fundamental, o afastamento da regra geral só poderia mesmo ter sido introduzido pelo constituinte originário, que estabeleceu 2 exceções, quais sejam, os casos definidos em Lei de:

• transgressão militar; ou

• crime propriamente militar.

Existe uma outra exceção que não será aqui tratada, que é aquela prevista no art. 136, § 3º, I, da CF/1988, qual seja, na vigência do estado de defesa, a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, e que será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. A Constituição deixa claro que a

prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a 10 dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

Como exemplo de prisão em caso de crime propriamente militar na forma, da Lei, destacamos o art. 18, do Código de Processo Penal Militar. Vejamos: "independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até 30 dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais 20 dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica".

Analisamos, agora, a outra exceção, qual seja, a da prisão disciplinar na hipótese de transgressão militar, que não é tratada pelo Código Penal Militar (de acordo com o art. 19 do CPM, referida Lei não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares).

Destacamos, então, o DL nº 667/1969, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

O art. 18 do DL nº 667/1969, recepcionado com o status de Lei Ordinária, foi alterado pela Lei nº 13.967/2019, que extinguiu a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, nos seguintes termos: "as polícias militares e os corpos de bombeiros militares serão regidos por Código de Ética e Disciplina, aprovado por Lei Estadual ou federal para o Distrito Federal, específica, que tem por finalidade definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o processo administrativo disciplinar e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares, observados, dentre outros, os seguintes princípios:

- dignidade da pessoa humana;
- legalidade;
- presunção de inocência;
- devido processo legal;
- contraditório e ampla defesa;
- razoabilidade e proporcionalidade;
- vedação de medida privativa e restritiva de liberdade."

Assim, muito embora a Constituição tenha autorizado a prisão disciplinar nos casos de transgressão militar, ela o fez nos termos, da Lei (art. 5º, LXI, da CF/1988). Portanto, a Lei poderia tanto estabelecer a medida privativa ou restritiva de liberdade, conforme antes da alteração trazida pela Lei nº 13.967/2019, como vedá-la. Por se tratar de garantia constitucional, o constituinte não proibiu a vedação, deixando ao encargo da decisão política do parlamento o seu estabelecimento ou não.

Em nossa opinião, a Lei nº 13.967/2019, que estabeleceu a vedação,[58] não é inconstitucional por violar a autonomia federativa dos Estados, ou seja, não está invadindo a competência dos Estados-Membros. Isso porque o art. 22, XXI, da CF/1988, estabelece ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de garantias das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. A vedação de medida privativa e restritiva de liberdade, não temos dúvida, caracteriza-se como norma geral de garantia.

A opção do legislador foi estabelecer a vedação apenas para os militares estaduais, os dos Territórios e os do DF, estando ainda admitida a prisão disciplinar no âmbito das Forças Armadas.

Em nossa opinião, contudo, muito embora o tema não tenha sido enfrentado pelo STF no julgamento da ADI 3.340 (a Corte não conheceu da ação, mas vale a leitura dos votos e dos debates apresentados – j. 2005), entendemos que a autorização genérica do art. 47, da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), que remete aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas a especificação e classificação das contravenções ou transgressões disciplinares, viola o art. 5º, LXI, da CF/1988, que exige Lei formal para a definição de prisão nas hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar. Isso porque a expressão "definidos em lei" no aludido dispositivo constitucional está no plural, referindo-se tanto à definição das hipóteses de "transgressão militar", como as de "crime propriamente militar".[59]

Uma dúvida final surge: essa proibição direcionada aos militares estaduais, dos Territórios e do DF já vale desde a vigência, da Lei nº 13.967/2019?

De acordo com a nova redação dada ao art. 18 do DL nº 667/1969, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares serão regidos por Código de Ética e Disciplina, aprovado por Lei Estadual ou federal para o Distrito Federal (Lei Federal e não distrital, tendo em vista a regra do art. 21, XIII, da CF/1988), específica, que tem por finalidade definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o processo administrativo disciplinar e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares.

A Lei nº 13.967/2019 fixou o prazo de 12 meses para que os Estados e o Distrito Federal regulamentem e implementem a referida Lei (que entrou em vigor na data de sua publicação). Apesar desse prazo, a extinção da pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os

---

[58] Quando do encaminhamento do PL nº 7.645/2014-CD, que seria convertido na Lei em análise, na justificativa, observou-se que a extinção da prisão disciplinar já era uma realidade perante os militares estaduais de Minas Gerais (Lei nº 14.310/2002-MG), observando-se "uma disciplina fortalecida e os valores hierárquicos consolidados".

[59] Entendemos que o Regulamento Disciplinar da Marinha (aprovado pelo Decreto nº 88.545/1983) e o da Aeronáutica (aprovado pelo Decreto nº 76.322/1975), anteriores ao advento da atual da CF/1988, foram recepcionados com o status de Lei ordinária e, portanto, estaria de acordo com o art. 5º, LXI, da CF/1988. O problema em relação ao Exército é que o seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 4.346/2002, foi promulgado já na vigência do texto de 1988, tendo por fundamento normativo o art. 47, do Estatuto dos Militares. Por esse motivo, questionamos a constitucionalidade da prisão disciplinar no âmbito do Exército.

corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal é imediata e, portanto, não mais se admitem a manutenção ou a imposição de medida privativa e restritiva de liberdade sob pena de se caracterizar ilegalidade (ou até abuso de poder) a justificar a concessão de *habeas corpus* sempre que referidos militares sofrerem ou se acharem ameaçados de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção em razão de eventual prisão disciplinar imposta (art. 5º, LXVIII, da CF/1988).

A vedação ao cabimento do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares prevista no art. 142, § 2º, da CF/1988, aplicável aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios por força do art. 42, § 1º, da CF/1988, não poderá ser observada nessa hipótese de inequívoca ilegalidade, conforme jurisprudência da Corte que admite a impetração de *habeas corpus* para que seja examinada a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente) (HC 70.648, RHC 88.543 e o RE 338.840).

13.7.11 Polícias penais federal, estadual e distrital (EC nº 104/2019)

A EC nº 104/2019 criou as polícias penais federal, estaduais e distrital (e não municipal), enquadrando-as como um dos órgãos de segurança pública (art. 144, VI, da CF/1988).

Conforme ficou estabelecido, às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais (art. 144, § 5º-A, da CF/1988), sendo que o preenchimento do seu quadro de servidores será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes (art. 4º, EC nº 104/2019).

O objetivo da alteração constitucional foi fortalecer a carreira dos agentes penitenciários, a segunda profissão mais perigosa do mundo, conforme consta na justificação da PEC 16/2016-SF, ao se trazer informações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, destacando-se, ainda, ocupar o Brasil o 4º lugar no "ranking de nações com maior número de presos, atrás apenas dos EUA, China e Rússia".

Outro ponto destacado na PEC foi a quantidade de presos: "segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, havia, em 2014, cerca de 608 mil presos no Brasil, sendo 580 mil no sistema penitenciário e 28 mil sob custódia das polícias. Estima-se, no entanto, que haja somente 65 mil agentes penitenciários no País". No fechamento desta edição, o

Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0, do CNJ, indicava o impressionante número de 862.684 pessoas privadas de liberdade.[60]

Nesse contexto, atrelado à caracterização do sistema penitenciário nacional como "estado de coisas inconstitucional" (ADPF 347, cf. item 6.3.5), justificou-se, na PEC apresentada, a transformação dos agentes penitenciários em polícias penais, com a valorização da carreira.

E qual a consequência imediata em se definir a atribuição da polícia penal como a responsável para a segurança dos estabelecimentos penais?

A garantia de que os policiais militares e civis e demais órgãos de segurança não serão desviados de suas funções essenciais para fazer a segurança dos estabelecimentos penais, bem como as atividades de guarda e escolta de presos.

E qual a natureza jurídica das atividades desempenhadas pelas polícias penais?

Conforme vimos, de acordo com o art. 144, § 5º-A, da CF/1988, às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

A proposta original estabelecia a possibilidade de "outras atribuições definidas em Lei específica de iniciativa do Poder Executivo". Como essa redação não foi aprovada e o texto constitucional limitou-se à atribuição da segurança dos estabelecimentos penais, entendemos que a Lei infraconstitucional não poderá ampliar além da regra constitucional, observando a sua literalidade.

Por isso, concordamos com o parecer da CCJ do Senado Federal ao afirmar que "a criação de órgãos com atribuição de vigilância penitenciária justifica-se pela especificidade dessa atividade, que nada tem a ver com o policiamento ostensivo, a cargo das polícias militares, ou com a apuração da autoria e materialidade de infrações penais, a cargo das polícias civis".

A manutenção da disciplina do estabelecimento penal, conforme se estabelece na Lei de Execuções Penais, que já era atribuição dos agentes penitenciários, agora policiais penais, parece estar enquadrada na regra constitucional que fala em preservação da segurança dos estabelecimentos penais, buscando-se, naturalmente, ao manter a ordem e disciplina, evitar a prática de crime.

Essa atribuição preventiva, contudo, não se confunde com o policiamento ostensivo atribuído, de forma geral e ampla, aos policiais militares, corpos de bombeiros militares e às polícias federal, rodoviária federal e ferroviária federal, na medida em que não há a atribuição de se evitar de modo geral e abstrato a prática de crime, mas, conforme visto, a atuação pontual de "segurança dos estabelecimentos penais". Por esse motivo propusemos a criação

[60] https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas.

de uma terceira categoria, com atribuição específica e pontual que estamos chamando de polícia administrativa especial de segurança de estabelecimento penal, conforme estabelecido no quadro do item 13.7.

Essa nossa solução encontra fundamento da própria distinção de atribuições estabelecida no art. 144, § 4º, da CF/1988 (polícia de investigação), no art. 144, § 5º, da CF/1988 (polícia preventiva) e no novo art. 144, § 5º-A, da CF/1988 (polícia administrativa especial).

E o transporte de presos, seria atribuição das polícias penais?

Entendemos que sim, especialmente se pensarmos o transporte como uma extensão do estabelecimento penal. O policial penal não está buscando evitar um crime de modo genérico, mas, acima de tudo, cuidar da segurança da extensão do estabelecimento penal "móvel".

Nesse sentido, apesar de estabelecerem uma proposta de atribuição de polícia ostensiva – que não concordamos pelas razões expostas (e a doutrina ainda irá avaliar melhor o tema – pendente), Hoffman e Roque afirmam: "merece registro a celeuma acerca da atribuição para realizar a escolta de presos. A polêmica decorre do vácuo legislativo, porquanto nem a Constituição nem Lei Federal estabelecem de maneira expressa essa competência. Contudo, majoritariamente, já se entendia se tratar de missão da atual Polícia Penal, e não da Polícia Militar, pois o transporte de custodiados não configura policiamento ostensivo de prevenção genérica de crimes, sendo atividade ínsita à custódia de encarcerados para prover a segurança exclusivamente no trajeto dos presos. Por isso mesmo, o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Nacional prevê a escolta como uma de suas tarefas".[61]

Conforme estabelece a Constituição, haverá polícia penal em âmbito federal, estadual e distrital. No âmbito estadual e distrital, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, lembrando que, muito embora atrelada ao Governador do DF, a polícia penal distrital será organizada e mantida pela União, confirmando a autonomia parcialmente tutelada do DF pela União, conforme já se observou em relação à polícia civil, à polícia militar e ao corpo de militar do Distrito Federal, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, todos organizados e mantidos pela União (art. 21, XII e XIV, da CF/1988).

Vamos aguardar a evolução do instituto e, por ter o constituinte criado uma carreira específica para cuidar da segurança dos estabelecimentos penais, devendo ser preenchido o quadro de seus servidores exclusivamente por concurso público (claro, além do

---

[61] HOFFMANN, Henrique; ROQUE, Fábio: *Polícia penal é novidade no sistema de segurança pública*.

aproveitamento dos atuais agentes penitenciários), entendemos que não há mais espaço para a contratação temporária ou terceirização para prestação do serviço por empresa privada.

Parece ter razão a descrição trazida pelo Serviço de Comunicação Social do Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça e Segurança Pública) na data da promulgação, da EC nº 104/2019: "o policial penal tem mais uma garantia para realizar com eficiência suas atribuições e coibir a interligação das informações dos criminosos intra e extramuros. Os servidores prisionais se encarregam de várias ações, muitas vezes de caráter coercivo, como o levantamento de dados, a realização de revistas no interior das dependências prisionais (celas, pátio de sol, pátio de visita), realização de revista pessoal, escoltas, monitoramento dos visitantes, recaptura de presos, intervenções em motins e rebeliões, guarda do perímetro e muralhas prisionais, ou quaisquer outras atividades que auxiliem as demais forças na prevenção e combate ao crime e, consequentemente, às organizações criminosas".

13.8 Polícias dos Municípios

Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a Lei (art. 144, § 8º, da CF/1988).

Regulamentando a Constituição, a Lei nº 13.022/2014 dispôs sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais e está sendo questionada no STF na ADI 5.156, ajuizada em 2014 e ainda pendente de julgamento.

Se superada a preliminar de ilegitimidade ativa arguida, duas questões serão enfrentadas pelo STF: a) a Lei indicada no art. 144, § 8º, da CF/1988, é Lei Federal ou se refere à Lei de cada município, à luz do interesse local (discussão sobre suposto vício formal)?; b) em sendo Lei Federal, as regras fixadas no estatuto extrapolam ou não a "vocação constitucional específica" das guardas municipais, de proteção de bens, serviços e instalações dos Municípios?

Como bem anotou José Afonso da Silva, "os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com qualquer responsabilidade específica pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que, sendo entidades estatais, não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança, e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir Guardas Municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí, certamente, está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia

ostensiva, que é função da Polícia Militar. Por certo que não lhe cabe qualquer atividade de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, que a Constituição atribui com exclusividade à Polícia Civil (art. 144, § 4º, da CF/1988), sem possibilidade de delegação às Guardas Municipais".[62]

Em nosso entender, a Lei indicada no art. 144, § 8º, da CF/1988, deve ser entendida como Lei Federal a estabelecer as diretrizes, as disposições e normas gerais. Isso porque, a instituição, em si, das Guardas Municipais dar-se-á por Lei específica de cada Município, conforme, inclusive, deixa claro o art. 6º, do Estatuto da Guarda Municipal.

Em relação às competências (geral e específicas) previstas no art. 5º, do Estatuto da Guarda Municipal, a sua interpretação deverá sempre levar em conta os parâmetros constitucionais de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Por isso, parece ter razão o parecer da PGR que sustenta a inconstitucionalidade do art. 5º, VI, XIII e XVII, da Lei nº 13.022/2014 (atribuem às guardas municipais, em caráter primário, exercício de competências municipais de trânsito; atendimento de ocorrências emergenciais ou de pronto atendimento; auxílio na segurança de grandes eventos e proteção de autoridades e dignitários).

Em relação às competências de trânsito, admitíamos apenas aquelas que pudessem ter alguma relação com a proteção de bens, serviços e instalações.

O STF, contudo, por 6 x 5, entendeu que poder de polícia não se confunde com segurança pública, e, assim, o seu exercício (poder de polícia, deixe-se claro) "não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, da CF/1988, apenas as funções de promoção da segurança pública".

"A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais."

Dessa forma, na medida em que a Constituição "não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município", a Corte firmou a seguinte tese: "é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas" (RE 658.570, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 2015, DJE de 2015).

Do ponto de vista prático, então, as guardas municipais poderão, em razão da competência para fiscalizar o trânsito, lavrar auto de infração de trânsito e impor multas.

---

[62] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

A definição das demais disposições da regra contida no art. 144, § 8º, da CF/1988 será dada pelo STF no julgamento da citada ADI 5.156 e no RE 608.588, com repercussão geral reconhecida (pendente).

13.9 Segurança Viária. Carreira dos Agentes de Trânsito. EC nº 82/2014

13.9.1 Tramitação, da EC nº 82/2014

A EC nº 82/2014 é fruto da aprovação da PEC nº 55/2011-CD que, no Senado Federal, tramitou como PEC nº 77/2013.

Em seu texto original, a PEC nº 55/2011, apresentada por 177 Deputados Federais, sob a liderança do Deputado Hugo Motta, dava nova redação ao art. 144, § 8º, da CF/1988, para disciplinar a carreira dos agentes de fiscalização e controle de trânsito responsáveis pelo policiamento de trânsito em âmbito exclusivamente municipal.

A justificativa se dava em razão da inegável alocação dos Municípios como principais gestores do trânsito a partir do advento Código Brasileiro de Trânsito (art. 24, da Lei nº 9.503/1997 – CTB).[63]

Contudo, na Comissão Especial destinada a emitir parecer sobre referida PEC, o Relator, Deputado Efraim Filho, concluiu ser necessário modificar drasticamente a proposta encaminhada, estabelecendo a competência também para os Estados-membros e o DF e ampliando a perspectiva da segurança viária não somente para fiscalização e controle, como, também, para educação e engenharia de trânsito.

Assim, foi apresentada emenda substitutiva global da referida PEC, contemplando as duas situações apontadas.

13.9.2 A segurança viária é questão de saúde pública

A primeira alteração, qual seja, a ampliação da competência para os Estados e o DF, além dos Municípios, é justificada por considerar a violência no trânsito questão de saúde pública.

---

[63] De acordo com o art. 1º da Res. nº 296/CONTRAN (que revogou a Res. nº 106/CONTRAN, considerada esta de nº 106 na justificativa de apresentação da PEC), "integram o SNT (Sistema Nacional de Trânsito) os órgãos e entidades municipais executivos de trânsito e rodoviário que disponham de estrutura organizacional e capacidade instalada para o exercício das atividades e competências legais que lhe são próprias, sendo estas no mínimo as de: engenharia de tráfego; fiscalização e operação de trânsito; educação de trânsito; coleta, controle e análise estatística de trânsito, e disponha de Junta Administrativa de Recursos de Infrações – JARI".

A ONU, partindo de estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS), editou, em 2010, a Res. nº 64/255 (Improving global road safety)[64] que define o período de 2011 a 2020 como a "Década de Ações para a Segurança no Trânsito".

De acordo com os dados trazidos no parecer da Comissão Especial, a violência no trânsito é uma das maiores causas de mortes, principalmente entre os jovens. "De acordo com dados de 2011 do IBGE, no Brasil ocorrem 45 mil mortes/ano em consequência de acidentes de trânsito, e o Ministério da Saúde tem um gasto estimado em R$ 200 milhões por internações decorrentes destes acidentes. O quadro preocupa a Previdência Social, que teme ter de arcar com os custos de uma geração de jovens aposentados por invalidez. O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) gasta atualmente mais de R$ 8 bilhões por ano com as despesas decorrentes de acidentes de trânsito no país."

Portanto, a responsabilidade pela segurança viária, conforme anotado na PEC e realidade com a EC nº 82/2014, deve ser partilhada entre os Estados, DF e Municípios, competindo aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, que deverão estar estruturados em carreira, na forma, da Lei.

Concordamos com Julyver Modesto de Araujo ao afirmar que a EC nº 82/2014 "falhou ao deixar de lado a menção aos órgãos e entidades da União, que igualmente fazem parte do Sistema Nacional de Trânsito (cuja composição encontra-se no art. 7º do CTB);[65] embora a Polícia Rodoviária Federal já conste do rol de órgãos de Segurança Pública (art. 144, caput, II, da CF/1988), o fato é que existem competências atribuídas ao órgão ou entidade executivo rodoviário (art. 21, do CTB), diretamente ligadas à segurança viária, como a fiscalização em rodovias federais, exercida pelo DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e, subsidiariamente, pela ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (nos termos da Res. nº 289/2008-CNT)".[66]

13.9.3 Tripé da segurança viária

A segunda alteração estabeleceu com muita clareza o que podemos chamar de "tripé da segurança viária". De acordo com o art. 144, § 10, da CF/1988, introduzido pela EC nº 82/2014, a segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas, compreende a educação,

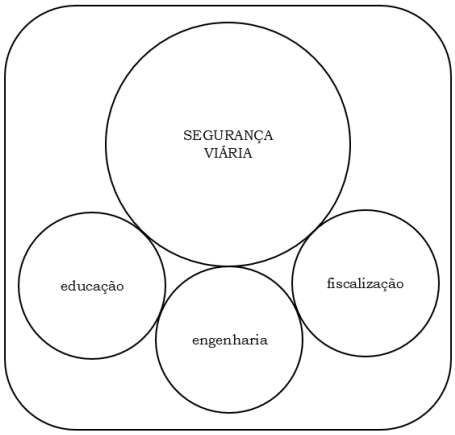
---

[64] Confira: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/64/255>

[65] Art. 7º, I ao VII, da Lei nº 9.503/1997: Art. 7º – Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades: I – o Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo; II – os Conselhos Estaduais de Trânsito – Constituição Estadual TRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal – CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores; III – os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IV – os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V – a Polícia Rodoviária Federal; VI – as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e VII – as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI.

[66] ARAUJO, Julyver Modesto de: *Emenda constitucional dos agentes de trânsito.*

engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente. Em razão dessa cláusula de encerramento com a indicação de "outras atividades previstas em lei", trata-se de standard mínimo a ser observado:



Nesse sentido, como bem apresentado no Parecer nº 230/2014 da CCJ no Senado Federal, por seu Relator, o Senador Vital do Rêgo, "ao incluir a educação e a engenharia de trânsito, ao lado da fiscalização, no âmbito de atuação dos órgãos ou entidades executivos de trânsito, a proposição adota conceito atual e abrangente, que favorecerá a prevenção de acidentes e não apenas a punição de infratores".

13.9.4 Segurança viária: Questão a ser tratada de forma indissociável da segurança pública

De acordo com o introduzido art. 144, § 10, caput, da CF/1988, a segurança viária deverá ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas.

Por estar inserida como parágrafo do art. 144, da CF/1988, a segurança viária deverá ser tratada no contexto da segurança pública, estabelecida pela Constituição como dever do Estado, e não só direito, mas, também, responsabilidade de todos.

Nesse sentido, Julyver Modesto de Araujo reconhece a necessidade de participação social para o trânsito mais seguro. E continua: diferente do prescrito no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.503/1997 – CTB ("o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse

direito"), a segurança viária, dever do Estado, é direito e, também, responsabilidade de todos.[67]

13.9.5 A carreira específica de agentes de trânsito

Outra novidade introduzida pela EC nº 82/2014 foi a previsão, ao lado dos respectivos órgãos ou entidades executivos, da carreira específica de agentes de trânsito a ser estruturada na forma, da Lei e em âmbito estadual, do Distrito Federal e municipal, devendo o provimento no cargo se dar, necessariamente, por concurso público, na forma do art. 37, II, da CF/1988.

Com a nova regra, agora de modo muito claro, estão vedadas as hipóteses de contratação por tempo determinado,[68] bem como a destinação de servidores públicos, para a segurança viária, provenientes de outros cargos ou carreiras (e que exercem função diversa), o que caracterizaria o combatido "desvio de função" e, assim, afronta ao entendimento estabelecido pelo STF na S. 685, convertida na SV 43: "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido" (j. 2015, DJE de 2015).

Ainda, em razão da emenda substitutiva global aprovada, conforme visto acima, também não se pode confundir a carreira específica de agentes de trânsito com a de guardas municipais que continuam destinados à proteção de bens, serviços e instalações dos Municípios, conforme dispuser a Lei (art. 144, § 8º, da CF/1988).

A lei, no caso e conforme visto, é a Lei nº 13.022/2014, que dispôs sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais e cujo art. 5º, VI, da Lei nº 13.022/2014, estabeleceu ser competência específica das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais, exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal.

---

[67] ARAUJO, Julyver Modesto de: *Emenda constitucional dos agentes de trânsito*.

[68] A Lei nº 8.745/1993 dispõe sobre a contratação, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CF/1988. O STF tem feito interpretação bastante restritiva para a contratação temporária, prestigiando, naturalmente, a regra do concurso público. Como bem delimitado pela Corte, para que se considere válida a contratação por tempo determinado (temporária) é preciso que: "a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração" (RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2014, com repercussão geral. Cf., ainda: ADI 2.229, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2004, Plenário e ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2009, Plenário).

Nesse ponto, conforme vimos e dando uma interpretação diversa daquela que sustentávamos, o STF, por 6 x 5, entendeu ser "constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas", mesmo diante, da EC nº 82/2014, que fez a previsão da carreira específica dos agentes de trânsito.

Isso porque "o Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal. O art. 144, § 8º, da CF/1988, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento, da EC nº 82/2014" (RE 658.570, cf. item 13.7.10).

Entendemos que a nova carreira específica de agente de trânsito criada pela EC nº 82/2014 não afastará a atividade de policiamento ostensivo de trânsito que já vem sendo implementada pela polícia militar e com muita eficiência. Vejam que o art. 144, § 10, II, da CF/1988, introduzido, trata da nova carreira de agente de trânsito ao lado e sem a substituição dos respectivos órgãos ou entidades executivos.[69]

---

[69] Nesse sentido, destacamos importantes argumentos trazidos por Julyver Modesto de Araújo, pedindo desculpas pela longa, mas importante, transcrição: "não haverá qualquer mudança, concernente às competências das Polícias Militares, que são igualmente responsáveis pela segurança pública, nos Estados e Distrito Federal, com a missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, da CF/1988). O fato de se reconhecer a carreira dos agentes de trânsito, nos Estados e nos Municípios (e acrescentaríamos, no âmbito do DF), não invalidará a atuação das Polícias Militares, na fiscalização de trânsito, que continua sendo concomitante ao trabalho dos agentes de trânsito próprios de cada órgão ou entidade executivo de trânsito e rodoviário, nos termos de convênio firmado, como estabelece o art. 23, III, do CTB. Importante destacar que a atividade de policiamento ostensivo de trânsito continua sendo de exclusividade das Polícias Militares, como conceitua o Anexo I, do CTB: "função exercida pelas Polícias Militares com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes" e de acordo com o art. 2º, item 27, do Decreto nº 88.777/1983 (R-200) – Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, que assim dispõe: "Policiamento Ostensivo – Ação policial, exclusiva das Polícias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública... São tipos desse policiamento, a cargo das Polícias Militares ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes: – ostensivo geral, urbano e rural; – de trânsito...". É fato que, embora a nomenclatura "policiamento ostensivo de trânsito" seja utilizada pela legislação infraconstitucional mencionada, como indicativo da função exercida pelas Polícias Militares, a inclusão do art. 144, § 10, da CF/1988, passou a reconhecer a incidência do trabalho dos agentes de trânsito (estaduais e municipais) no campo da segurança pública, especificamente para garantir o direito ao trânsito seguro; isto significa que a PM continua exercendo a prevenção criminal, por meio da sua ostensividade, e a repressão imediata dos crimes constatados (inclusive para os delitos ocorridos na utilização da via pública); por outro lado, não caberá aos agentes de trânsito invadirem a competência constitucional das Polícias Militares, não lhes cabendo ações próprias de polícia, como a busca pessoal ou veicular, à procura de armas e drogas (a qual tem como base o art. 244, do Código de Processo Penal, quando fundada suspeita), ou a "perseguição" ou prisão a criminosos (ressalvada a possibilidade de qualquer um do povo prender quem esteja em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301, do CPP)" (ARAUJO, Julyver Modesto de: *Emenda constitucional dos agentes de trânsito*).

14 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Sumário: 14.1 Localização 14.2 Evolução dos Direitos Fundamentais ("Gerações" ou "Dimensões" de Direitos) 14.3 Diferenciação Entre Direitos e Garantias Fundamentais 14.4 Características dos Direitos e Garantias Fundamentais 14.5 Abrangência dos Direitos e Garantias Fundamentais 14.6 A Aplicabilidade das Normas Definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais 14.7 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek 14.8 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais 14.9 Deveres Fundamentais 14.10 Direitos Individuais e Coletivos 14.11 Remédios Constitucionais

14.1 Localização

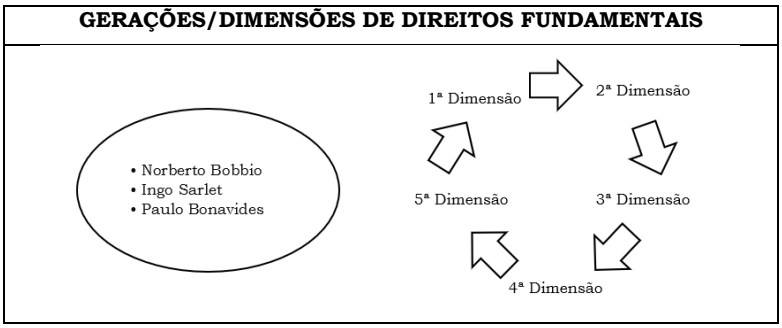
A CF/1988, em seu título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos, a saber:

- direitos e deveres individuais e coletivos;
- direitos sociais;
- direitos de nacionalidade;
- direitos políticos;
- partidos políticos.

Iniciamos o estudo pelos direitos e deveres individuais e coletivos, lembrando, desde já, como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º, da CF/1988, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional,[1] expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

14.2 Evolução dos Direitos Fundamentais ("Gerações" ou "Dimensões" de Direitos)

[1] O relator, Ministro Sydney Sanches – medida cautelar, RTJ 150/68 –, no julgamento da ADI 9397-DF, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, III, "b", da CF/1988, declarando que a EC nº 3/1993, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.



Dentre vários critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou, como prefere a doutrina mais atual, "dimensões" dos direitos fundamentais, por entender que uma nova "dimensão" não abandonaria as conquistas da "dimensão" anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.

Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, anunciavam-se os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4ª e 5ª dimensão.

14.2.1 Direitos fundamentais da 1ª dimensão

Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absenteísmo estatal.

Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade.

Conforme anota Bonavides, "os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado".[2]

Alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de 1ª geração (séculos XVII, XVIII e XIX), destacando-se:

- Magna Carta de 1215, assinada pelo rei "João Sem terra";
- Paz de Westfália (1648);
- *Habeas corpus* Act (1679);

[2] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional.* – Original sem grifos.

• Bill of Rights (1688);

• Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).

Finalmente, cabe alertar o reconhecimento, por parte da doutrina, de certo conteúdo social no constitucionalismo francês, como anota Ingo Sarlet.[3]

Nesse sentido, Dimoulis e Martins chegam a afirmar que o termo "geração" não se mostra cronologicamente exato porque já se observavam nas primeiras Constituições e Declarações dos séculos XVIII e XIX certos direitos sociais. Ao tratar da Declaração francesa, destacam a "... garantia à assistência aos necessitados como uma "dívida sagrada" da sociedade e o direito de acesso à educação (art. 21 e art. 22, da Delcaração franceza de 1789). E a Constituição brasileira do Império de 1824 incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais, os "socorros públicos" e a "instrução primária" gratuita (art. 179, XXXI e XXXII, da CF/1824), ambos direitos sociais e diretamente inspirados na Declaração francesa...".[4]

14.2.2 Direitos fundamentais da 2ª dimensão

O fato histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX.

Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social.

O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais.

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal), mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se:

• Constituição do México, de 1917;

• Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã;

• Tratado de Versalhes, 1919 (OIT);

• no Brasil, a Constituição de 1934 (lembrando que nos textos anteriores também havia alguma previsão).

Bonavides observa que essas Constituições "passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos

---

[3] SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais.*

[4] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: *Teoria geral dos direitos fundamentais.*

que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos" (aquilo que hoje se fala em "reserva do possível", acrescente-se).

E continua o mestre: "de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais".[5]

14.2.3 Direitos fundamentais da 3ª dimensão

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.[6]

Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Segundo Bonavides,[7] a teoria de Karel Vasak identificou, em rol exemplificativo, os seguintes direitos de 3ª dimensão:

- direito ao desenvolvimento;
- direito à paz (lembrando que Bonavides classifica, atualmente, o direito à paz como da 5ª dimensão – cf. item 14.2.5);
- direito ao meio ambiente;
- direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade;
- direito de comunicação.

14.2.4 Direitos fundamentais da 4ª dimensão

---

[5] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*.

[6] BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Na nota 9 da parte introdutória, elenca preciosa literatura sobre os direitos humanos de terceira geração, enquanto "novos direitos"

[7] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*.

Na orientação de Norberto Bobbio, essa dimensão de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, em razão da manipulação do patrimônio genético. Para o mestre italiano: "... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo".[8]

Por outro lado, Bonavides afirma que "a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social", destacando-se os direitos a:

- democracia (direta);
- informação;
- pluralismo.

Assim, para Bonavides, os direitos da 4ª dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional.

Ingo Sarlet afirma que "a proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade".[9]

14.2.5 Direitos fundamentais da 5ª dimensão

Conforme já dissemos, o direito à paz foi classificado por Karel Vasak como de 3ª dimensão.

Bonavides, contudo, entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade.[10]

14.3 Diferenciação entre Direitos e Garantias Fundamentais

O art. 5º, como vimos, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II, da CF/1988). Assim, apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais. Resta diferenciá-los.

---

[8] BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*.
[9] SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais*.
[10] BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*.

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar esse tormentoso tema foi o sempre lembrado Rui Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu "as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".[11]

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Já a diferença entre garantias fundamentais e remédios constitucionais é que estes últimos são espécie do gênero garantia. Isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex.: *habeas corpus*, *habeas data* etc.). Em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito. Vejamos dois exemplos:

• é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos – art. 5º, VI, da CF/1988, (direito), garantindo-se na forma, da Lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias (garantia);

• direito ao juízo natural (direito) – o art. 5º, XXXVII, da CF/1988, veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção (garantia).

14.4 Características dos Direitos e Garantias Fundamentais

Lembrando breve caracterização feita por David Araujo e Serrano Nunes Júnior,[12] os direitos fundamentais têm as seguintes características:

• historicidade: possuem caráter histórico, nascendo com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais;

• universalidade: destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "... a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média...";[13]

---

[11] BARBOSA, Rui: *República, teoria e prática.* apud SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

[12] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional.*

[13] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional.*

FORAIS/CARTAS DE FRANQUIA	DECLARAÇÕES DE DIREITOS
• Voltam-se para determinadas categorias ou grupos particularizados de homens. • Reconhecem direitos a alguns homens por serem de tal corporação ou pertencerem a tal valorosa cidade.	• Destinam-se ao homem, ao cidadão, em abstrato. • Reconhecem direitos a todos os homens por serem homens – em razão da natureza.

• limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição;

• concorrência: podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, ao mesmo tempo, emite uma opinião (direito de opinião);

• irrenunciabilidade: o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade. José Afonso da Silva ainda aponta as seguintes características:[14]

• inalienabilidade: como são conferidos a todos, são indisponíveis; não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial;

• imprescritibilidade: "... prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição".

14.5 Abrangência dos Direitos e Garantias Fundamentais

O art. 5º, caput, da CF/1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CF/1988).

Esse tema ganha bastante relevância com o art. 5º, § 3º, da CF/1988, acrescentado pela EC nº 45/2004 e que foi muito discutido nos itens 6.7.1.2.7 e 9.14.5.2.2, aos quais remetemos o leitor (Art. 5º, § 3º, da CF/1988 – "Os tratados e convenções internacionais

[14] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais").

O art. 5º, caput, da CF/1988, faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e a estrangeiros residentes no País. Contudo, a esses destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, turistas), os apátridas e as pessoas jurídicas.

Nada impediria, portanto, que um estrangeiro, de passagem pelo território nacional, ilegalmente preso, impetrasse *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF/1988) para proteger o seu direito de ir e vir. Deve-se observar, é claro, se o direito garantido não possui alguma especificidade, como ação popular, que só pode ser proposta pelo cidadão.

14.6 A Aplicabilidade das Normas Definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais

Nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Já estudamos no item 5.8 que o termo "aplicação" não se confunde com "aplicabilidade", na teoria de José Afonso da Silva, que classifica as normas de eficácia plena e contida como tendo "aplicabilidade" direta e imediata, e as de eficácia limitada como possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta.

Na lição de José Afonso da Silva, ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são "dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª dimensão, acrescente-se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª dimensão, acrescente-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação".[15]

Assim, "por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma Lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta".[16]

---

[15] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*
[16] *Ibid.*

Como exemplo de norma definidora de direito e garantia fundamental que depende de lei, podemos citar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/1988, ou o da aposentadoria especial, garantido nos termos do art. 40, § 4º, da CF/1988, devendo ser observadas as regras trazidas pela Reforma da Previdência (EC nº 103/2019).

Então, qual seria o sentido dessa regra inscrita no art. 5º, § 1º, da CF/1988?

José Afonso da Silva explica: "em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes".[17]

Nesse sentido, diante de omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, a CF/1988 trouxe duas importantes novidades, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO (regulamentada pela Lei nº 12.063/2009 e por nós comentada no item 6.7.4) e o mandado de injunção – MI (art. 5º, LXXI, da CF/1988, regulamentado pela Lei nº 13.300/2016 e estudado no item 14.11.5).

Em relação a esses dois remédios para combater a "síndrome de inefetividade" das normas constitucionais de eficácia limitada, o STF tende a consolidar o entendimento de que, em se tratando de "Poder" omisso na elaboração de medida para tornar efetiva a norma constitucional, a ADO restringir-se-ia a um mero apelo, constituindo-o em mora, enquanto o MI, por seu turno, seria o importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, como vem sendo percebido na jurisprudência do STF (cf. item 14.11.5.7 e a relevante perspectiva trazida pela SV 33/2014), bem como consagrado na Lei que regulamentou o mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016), dando-se, assim, exato sentido ao art. 5º, § 1º, da CF/1988, que fala em aplicação imediata.

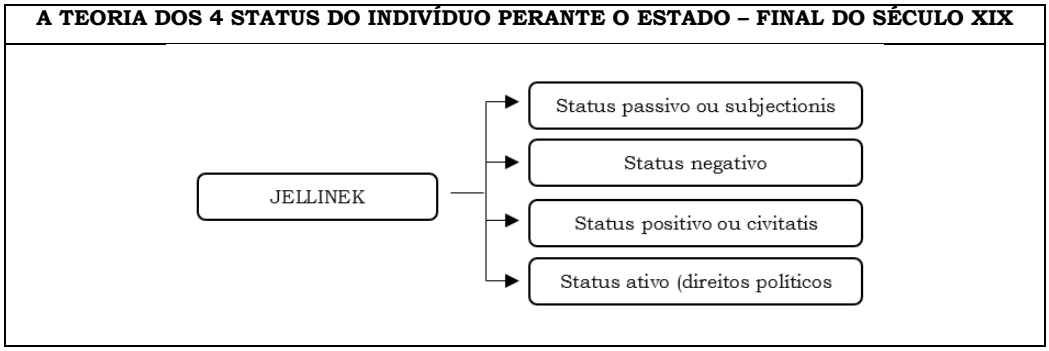
Devemos destacar, contudo, em relação à efetividade da ADO, que sempre se mostrou mais tímida em relação ao MI, que o STF vem adotando medidas mais enérgicas no sentido de concretizar, na mesma linha do MI, o direito fundamental, além, é claro, constituir em mora o Poder omisso. Ou seja, supre a omissão, até que o Poder omisso normatize, evitando-se, assim, o vácuo legislativo (cf. tendências trazidas nos julgamentos das ADOs 24, 25 e 26 – item 6.7.4.9.2).

14.7 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek

Várias teorias tentam explicar o papel desempenhado pelos direitos fundamentais. Dentre outros estudos, destacamos a teoria dos quatro status de Jellinek, que, apesar de elaborada no final do século XIX, ainda se mostra muito atual.

---

[17] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*



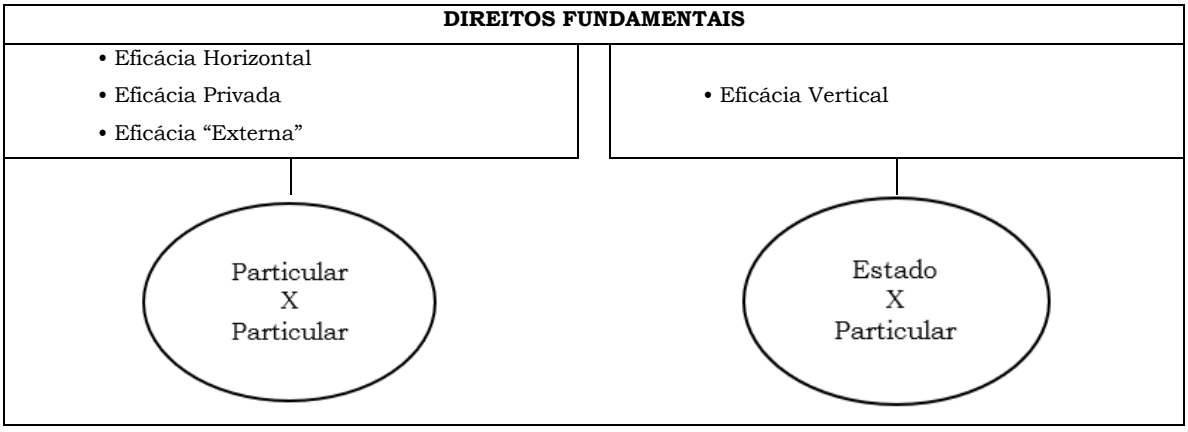
• status passivo ou *subjectionis*: o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. O indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado;

• status negativo: o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos. Nesse sentido, podemos dizer que a autoridade do Estado se exerce sobre homens livres;

• status positivo ou *status civitatis*: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor;

• status ativo: o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado, por exemplo, pelo exercício do direito do voto (exercício de direitos políticos).

14.8 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais



14.8.1 Aspectos gerais

O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominado pela doutrina eficácia privada ou externa dos direitos fundamentais, surge como importante contraponto à ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais.[18]

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o Poder Público não se discute. Por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia.

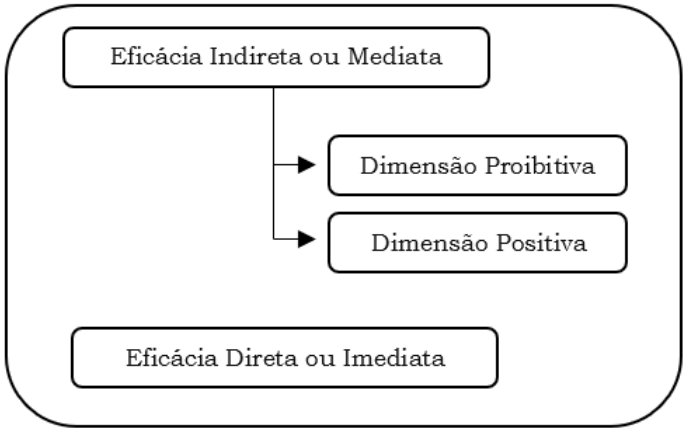
Agora, por outro lado, será que nas relações privadas deve o princípio da isonomia ser obedecido?

Damos um exemplo. Será que, em uma entrevista de emprego (na iniciativa privada), o dono do negócio deverá contratar o melhor candidato?

Será que o dono do negócio poderá demitir alguém simplesmente porque não está gostando de sua aparência? É aí que surge o problema.

Algumas situações são fáceis de ser resolvidas. Sem dúvida, por exemplo, se um empresário demitir um funcionário em razão de sua "cor", o Judiciário poderá (ou até "deverá") reintegrar o funcionário, já que o ato motivador da demissão, além do triste e inaceitável crime praticado, fere, frontalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/1988).

14.8.2 Teorias da eficácia indireta (mediata) ou direta (imediata)



Nesse sentido, cogitando da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, duas teorias podem ser destacadas:[19]

---

[18] Sobre o tema, cf. SARMENTO, Daniel: *Direitos fundamentais e relações privadas*; SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito*; SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais*; SOMBRA, Thiago Luís Santos: *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas;* MENDONÇA, Andrey Borges; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves: *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*; BARCELLOS, Ana Paula de: *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*; TEPEDINO, Gustavo: *Temas de direito civil.*

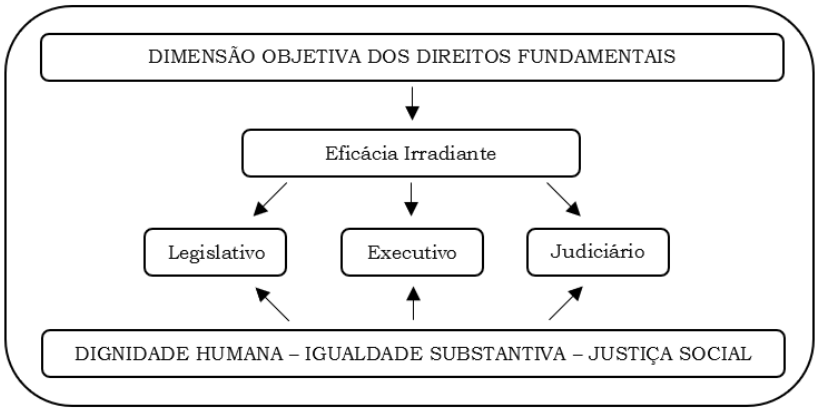
[19] Propondo um modelo mais flexível, buscando romper a dicotomia entre a eficácia direta e a indireta, conciliando as citadas construções teóricas, indicamos a leitura da tese de livre-docência de Virgílio Afonso da Silva, defendida no ano de 2004 na USP (cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito* especialmente o seu cap. 7).

• eficácia indireta ou mediata: os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar Lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas;

• eficácia direta ou imediata: alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de "intermediação legislativa" para a sua concretização.

14.8.3 Eficácia "irradiante" dos direitos fundamentais

Podemos afirmar que importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua "eficácia irradiante" (Daniel Sarmento), seja para o Legislativo ao elaborar a lei, seja para a Administração Pública ao "governar", seja para o Judiciário ao resolver eventuais conflitos.



14.8.4 Alguns precedentes

Abaixo, resumidamente, trazemos alguns precedentes nos quais o Judiciário entendeu razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

• RE 160.222-8 (j. 1995, 1ª T.): referido recurso foi julgado prejudicado em razão do reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não se podendo analisar o suposto crime de "constrangimento ilegal" em razão de revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie. Nas palavras do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, "lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o

exacerbado privalismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante". Sobre o tema da "revista íntima", cf. informações sobre a Lei nº 13.271/2016, no item 14.10.8.2 deste estudo;

• RE 158.215-4 (j. 1996, 2ª T.): entenderam-se violados o princípio do devido processo legal e o da ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito a defesa;

• RE 161.243-6 (j. 1996, 2ª T.): discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa "Air France", mesmo realizando atividades idênticas. Determinação de observância do princípio da isonomia;

• RE 175.161-4 (j. 1998, 2ª T.): contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência – violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo);

• HC 12.547/STJ (j. 2000, 4ª T.): prisão civil em contrato de alienação fiduciária em razão de aumento absurdo do valor contratado de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (alertamos que o STF editou a SV 25/2009: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito");

• REsp 249.321/STJ (j. 2000, 4ª T.): cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo – violação ao princípio da dignidade da pessoa humana;

• RE 201.819 (j. 2005, 2ª T.): exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa – violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Gilmar Mendes).

Este último caso parece-nos ser o início de forte tendência que surge no âmbito do STF para a aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Conforme voto do Ministro Gilmar Mendes, divergindo da relatora, Ministra Ellen Gracie, "esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/1988) ao processo de exclusão de sócio de entidade".[20]

14.8.5 Brevíssima conclusão

COLISÃO		
• Autonomia da vontade • Livre-iniciativa • Art 1º, IV, da CF/1988 • Art. 170. Caput, da CF/1988	X	• Dignidade da pessoa humana • Máxima efetivodade dos direitos fundamentais • Art. 1º, III, da CF/1988 • Art. 5º, § 1º, da CF/1988

[20] Assim, indispensável a leitura do referido voto, que pode ser encontrado em Inf. 405/STF.

Diante do exposto, sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ("eficácia horizontal"), especialmente diante de atividades privadas que tenham certo "caráter público", por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc.

Nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais: o princípio da autonomia da vontade privada e o da livre-iniciativa de um lado (art. 1º, IV, e art. 170, caput, da CF/1988); o da dignidade da pessoa humana e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/1988) de outro.

Diante dessa "colisão", indispensável será a "ponderação de interesses"[21] à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

14.9 Deveres Fundamentais

Além dos direitos fundamentais, desenvolvem-se estudos sobre os deveres fundamentais, chegando alguns a sustentar uma nova "Era dos Deveres Fundamentais" (no Brasil, dentre outros, Carlos Rátis).

Dessa forma, diante da vida em sociedade, devemos pensar, também, a necessidade de serem observados os deveres, pois muitas vezes o direito de um indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito.

Dimoulis e Martins tratam do assunto, e procuraremos esquematizar o pensamento dos autores, identificando os seguintes deveres fundamentais:[22]

• dever de efetivação dos direitos fundamentais: sobretudo os direitos sociais e garantias das instituições públicas e privadas. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um Estado que tem o dever de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista;

• deveres específicos do Estado diante dos indivíduos: como exemplo, os autores citam o dever de indenizar o condenado por erro judiciário, o que se dará por atuação e dever das autoridades estatais;

• deveres de criminalização do Estado: a Constituição determina que o Poder Legislativo edite atos normativos para implementar os comandos, como no caso do art. 5º, XLIII, da CF/1988, devendo haver a normatização do crime de tortura;

• deveres dos cidadãos e da sociedade: como exemplos, os autores citam o dever do serviço militar obrigatório (art. 143, da CF/1988) e a educação enquanto dever do Estado e da família (art. 205, da CF/1988);

---

[21] Sobre a ponderação de interesses, cf. SARMENTO, Daniel: *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, passim.

[22] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: *Teoria geral dos direitos fundamentais.*

• dever de exercício do direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade: como exemplo, os autores citam o direito de propriedade que deve ser exercido conforme a sua função social (art. 5º, XXIII, da CF/1988);

• deveres implícitos: segundo Dimoulis, "existem tantos deveres implícitos quantos direitos explicitamente declarados", consistindo referidos deveres em ação ou omissão. E conclui no sentido de que "o direito de uma pessoa pressupõe o dever de todas as demais (quando se aceita a tese do efeito horizontal direto) e, sobretudo, das autoridades do Estado".[23]

14.10 Direitos Individuais e Coletivos

Dado o objetivo principal deste trabalho, qual seja, ferramenta para ajudar o candidato em concursos públicos, provas e mesmo na vida profissional, restringimo-nos a tecer breves comentários sobre os direitos individuais e coletivos, caso contrário abandonaríamos o nosso escopo.

14.10.1 Direito à vida (art. 5º, caput, da CF/1988)

14.10.1.1 Aspectos gerais

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, da CF/1988, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/1988. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.

Também, entendemos que o poder constituinte originário não poderia ampliar as hipóteses de pena de morte (nem mesmo uma nova Constituição) tendo em vista o princípio da continuidade e proibição ao retrocesso. Isso quer dizer que os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder.

Afastamo-nos, portanto, da ideia de onipotência do poder constituinte.

Canotilho observa que o poder constituinte "... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como "vontade do povo"". Fala, ainda,

---

[23] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: *Teoria geral dos direitos fundamentais.*

na necessidade de observância dos princípios de Justiça (suprapositivos e supralegais) e, também, dos princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos – neste último caso de vinculação jurídica, chegando a doutrina a propor uma juridicização e evolução do poder constituinte).[24]

Toda essa argumentação reforça-se a partir da assinatura de diversos documentos internacionais, destacando- se:

• Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): "todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal";

• Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966): "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida";[25]

• Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte (1989): "nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente Protocolo será executado. Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição".[26]

Quanto ao segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, a Constituição garante as necessidades vitais básicas do ser humano e proíbe qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.

A análise do direito à vida e seus desdobramentos enaltece aquilo que tem sido denominado pela doutrina "desacordo moral razoável" e que tem levado a amplas discussões (cf. item 3.7.5).

Isso porque há inexistência de consenso em relação a temas polêmicos e com entendimentos antagônicos e diametralmente opostos e que se fundam em conclusão racional, por exemplo, a interrupção da gravidez. Assumir uma das posições significa negar a outra, e essa realidade é marca de uma sociedade plural, característica das democracias modernas (posições religiosas, morais, filosóficas etc.).

De todo modo, destacamos, a seguir, alguns temas importantes:

---

[24] CANOTILHO, J. J Gomes*: Direito constitucional e teoria da Constituição*. Cf., ainda, TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.*

[25] Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente. Conforme anota Fábio Konder Comparato, a admissão da pena de morte representa um compromisso provisório entre os Estados que ainda a mantêm e os que já a aboliram, "resquício de um passado em que a punição criminal exercia unicamente uma função retributiva, segundo a exata correspondência entre crime e castigo, própria, da Lei de talião" (COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*). Lembramos, conforme se observa neste tópico, que o Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional objetivou a abolição da pena capital.

[26] Não é admitida qualquer reserva ao referido Protocolo, exceto a formulada no momento da ratificação ou adesão que preveja a aplicação da pena de morte em tempo de guerra em virtude de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade extrema, cometida durante referido período de crise.

• células-tronco embrionárias (ADI 3.510);
• interrupção da gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo (ADPF 54);
• interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (HC 124.306);
• distanásia, eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

14.10.1.2 Células-tronco embrionárias

O STF definiu o conceito de vida no julgamento da ADI 3.510 que tratava da análise do art. 5º, da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

Em 2007 foi realizada a primeira audiência pública à luz, da Lei nº 9.868/1999, objetivando pluralizar o debate e dar maior legitimidade à decisão.[27]

Os argumentos do PGR eram no sentido de que a Lei de Biossegurança violava o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, sendo que a vida humana começa a partir da fecundação.

Desde o ajuizamento da ADI (2005) até a solução final (2008) foram mais de 3 anos, e o STF concluiu, por votação bastante apertada, 6 x 5, que as pesquisas com célula-tronco embrionária, nos termos, da Lei, não violam o direito à vida.

Os Ministros vencidos propunham a observância de outras condicionantes além daquelas do art. 5º, da Lei nº 11.105/2005, ingerência que chegou a ser considerada indevida, sob pena de se violar o princípio da separação de "poderes".

O Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, entendeu tratar-se de um "bem concatenado bloco normativo" fixado pela lei, destacando-se o procedimento: a) para fins de pesquisa e terapia; b) somente em relação às células-tronco embrionárias; c) apenas aquelas fertilizadas in vitro; d) embriões inviáveis ou congelados há pelo menos 3 anos; e) consentimento dos genitores; f) controle por comitê de ética em pesquisa; g) proibição da comercialização.

Além disso, segundo interpretação do Relator, o texto, ao tratar de "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III, da CF/1988), "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, "b" art. 1º, III, da CF/1988), "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III, da CF/1988), "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), estaria se referindo a direitos do indivíduo-pessoa, já nascido (cf. Inf. 508/STF).

Nesse ponto, deixamos, com o máximo respeito, a nossa crítica, pois não nos parece tenha o texto se omitido de destinar esses direitos e garantias ao nascituro, que, segundo o Relator, de fato, tem proteção legal, por exemplo, no art. 2º, do CC, no art. 9º, § 7º, da Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/1997), nos art. 124 ao 126 do CP (aborto).

Segundo o Relator, o zigoto seria o embrião em estágio inicial, pois ainda destituído de cérebro. A vida humana começaria com o surgimento do cérebro, que, por sua vez, só

[27] Cf. HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica constitucional*.

apareceria depois de introduzido o embrião no útero da mulher. Assim, antes da introdução no útero não se teria cérebro e, portanto, sem cérebro, não haveria vida.

A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF e sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecida, também, no art. 3º, da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida dar-se-ia com a morte cerebral, e, novamente, sem cérebro, não haveria vida. Portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.

Outro argumento utilizado foi a ideia de dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, lembrando o art. 226, § 7º, da CF/1988.

De fato, o Estado não pode, constitucionalmente, restringir a quantidade de filhos por casal. A Constituição, contudo, determina o dever de orientação em relação ao planejamento familiar.

Nesse sentido, o item 7.3 do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo, realizada entre em 1994), apesar da forte resistência de setores conservadores traz as seguintes disposições sobre os direitos de reprodução e saúde reprodutiva: "os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar...".

Dessa forma, afirmou o Ministro Relator da ADI 3.510, se não se define o número de filhos, feita a fertilização *in vitro*, o casal pode optar pela quantidade de embriões a serem introduzidos no útero. Se eventualmente não quiserem introduzir todos, os embriões poderão ser congelados.

E se o casal não tiver como congelar (até porque isso gera custo)? Respondeu outro Ministro, indagando: serão os embriões jogados como lixo hospitalar? Então, que se admita a pesquisa, dentro dos critérios éticos fixados na Lei e consagrando a ideia de uma sociedade fraterna (preâmbulo e art. 3º, I, da CF/1988, além da ideia de direitos de 3.a dimensão),

objetivando a cura das pessoas com doenças degenerativas (e nos parece, nesse ponto, bastante acertada a decisão).

Outros argumentos poderiam ser mencionados, como o direito à saúde (art. 196 ao art. 200, da CF/1988) e o incentivo ao desenvolvimento e à pesquisa científica (art. 218 e art. 219, da CF/1988).

14.10.1.3 Interrupção da gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo

Desconsiderando os aspectos moral, ético ou religioso, tecnicamente, em relação à interrupção da gravidez de feto anencéfalo,[28] desde que se comprove, por laudos médicos, com 100% de certeza, que o feto não tem cérebro e não há perspectiva de sobrevida (situação não imaginada na década de 1940 – quando o Código Penal foi elaborado – e, atualmente, totalmente viável em razão da evolução tecnológica), nessa linha de desenvolvimento, o STF, para seguir a lógica do julgamento anterior (célula-tronco), teria de autorizar a possibilidade de antecipação terapêutica do parto.

Esse tema, como todos sabem, foi enfrentado pela Corte no julgamento da ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS.

Conforme anotou o Min. Marco Aurélio em seu voto, "não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido".

Dessa forma, em 2012, por maioria de votos, o pleno do STF, enaltecendo o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (art. 1º, III, art. 5º, caput e II, III e X, e art. 6º, caput, da CF/1988), julgou procedente o pedido formulado para declarar a

[28] Conforme bem colocou o Min. Marco Aurélio em seu voto, no julgamento da ADPF 54, diante de risco de referência às nefastas práticas nazistas, "apesar de alguns autores utilizarem expressões "aborto eugênico ou eugenésico" ou "antecipação eugênica da gestação", afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia".

inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos art. 124, art.126 e art.128, I e II, do CP (cf. Inf. 661/STF).

A partir dessa decisão proferida em sede de ADPF, portanto com efeitos *erga omnes* e vinculante, o Conselho Federal de Medicina editou a Res. nº 1.989/2012, dispondo sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, considerando este o pressuposto fático fundamental para a realização do procedimento.

De acordo com o art. 2º da Res. nº 1.989/2012, o diagnóstico de anencefalia será feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª semana de gestação e deve conter: I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir. Se a opção for pela interrupção, a realização do procedimento independerá de autorização do Estado.

14.10.1.4 Interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (HC 124.306, 1ª T., STF)

Conforme já destacamos, o direito à vida não é absoluto, seja pelo próprio comando constitucional que admite a pena de morte no caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/1988, conforme art. 5º, XLVII, "a", da CF/1988, seja em razão de interpretações já fixadas pela Corte no julgamento da ADPF 54 (interrupção da gravidez de feto com anencefalia) e da ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco embrionárias).

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional, que nesse ponto nunca foi questionada, prescreveu duas hipóteses em que o aborto não foi considerado crime, estabelecendo, portanto, causas especiais de exclusão de ilicitude (aborto legal):

• aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, CP): não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

• aborto sentimental ou humanitário (art. 128, II, CP): não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Código Penal, ao tratar da tipificação do crime de aborto, não fez nenhuma distinção em relação ao momento da gestação para a caracterização do delito, exigindo apenas a

constatação da gravidez (havendo, inclusive, amplo debate em relação à definição do seu início) e a sua interrupção, nas hipóteses descritas nos art. 124 ao art. 127, do CP.

Essa questão, depois de quase 80 anos, veio a ser apreciada pela 1ª Turma do STF, que, por 4 x 1, conferiu interpretação conforme à Constituição aos art. 124 ao art. 126, do CP, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Os Ministros entenderam que a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, nos temos do voto do Min. Barroso (HC 124.306, j. 2016, DJE de 2017).

Em relação aos direitos fundamentais, a 1ª Turma do STF, por maioria, entendeu ser a criminalização incompatível com:

• direitos sexuais e reprodutivos da mulher: "que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada";

• autonomia da mulher: "que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais";

• integridade física e psíquica da gestante: "que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria".

No tocante ao princípio da proporcionalidade, Sua Excelência estabeleceu os seguintes argumentos em relação à tipificação penal:

• medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro): "por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro";

• meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização para que o Estado evite a ocorrência dos abortos: no caso o Min. Barroso destaca a educação sexual, a distribuição de contraceptivos e o amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas;

• desproporcionalidade em sentido estrito da medida: "por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios".

Por sua vez, a Min. Rosa Weber, em seu substancioso voto, observou que, "no contexto atual normativo, a questão do aborto deve avançar na agenda interpretativa para colocar em pauta não apenas o direito à privacidade da mulher ou a perspectiva de saúde da mulher, por fatores médicos, mas colocar o aborto como uma questão do direito da mulher, na acepção reprodutiva e sexual, e do direito de liberdade, autonomia e igualdade, por conseguinte, de escolha, em face do direito à tutela do nascituro" (HC 124.306).

Outro ponto destacado no voto do Ministro Barroso foi "o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela Lei penal brasileira,

impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos".

Conforme levantamento feito pelo Min. Barroso, "praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália".

Em relação à experiência da jurisprudência comparada, vale a pena destacar o julgamento proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em Roe vs. Wade, tendo a decisão afetado a normatização de 46 Estados daquele país.

Tratava-se da legislação do Estado do Texas, que permitia o aborto apenas para salvar a vida da mulher gestante. Contudo, por 7 x 2, seguindo o voto proferido pelo Justice Blackmun, a Corte admitiu a possibilidade de interrupção da gravidez até o primeiro trimestre, tendo por fundamento o direito à privacidade da mulher e a interpretação dada à 14ª emenda, assegurando-lhe a decisão sobre a continuidade ou não da gestação, tal como reconhecido no caso Griswold vs. Connecticut.[29]

Mas um alerta deve ser feito, como bem estabeleceu o Min. Barroso em premissa de seu raciocínio: "o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que ser pretende é que ele seja raro e seguro" (HC 124.306).

Nesse sentido, Daniel Sarmento afirma que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional, devendo ser criados "mecanismos extrapenais para evitar a sua banalização [...] relacionados à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher".[30]

---

[29] Roe vs. Wade 410 U.S. 113 (1973). No caso, a Corte estabeleceu as seguintes regras: a) primeiro trimestre: o aborto é de livre escolha da gestante; b) segundo trimestre: o aborto é permitido, mas o Estado poderá regulamentar o seu exercício, objetivando proteger a saúde da gestante; c) terceiro trimestre: o aborto está proibido, na medida em que, nessa fase da gestação, há total possibilidade de vida extrauterina, tendo sido reconhecida como exceção a intervenção para preservação da vida ou da saúde da gestante. Para outros aspectos, mas reafirmando o direito ao aborto, cf. Planned Parenthood v. Casey 505 U.S. 833 (1992) – neste primeiro caso, apesar de ter sido mantido o direito ao aborto, o critério temporal foi revisto, passando a se analisar aspectos de viabilidade fetal, e, também, Whole Woman"s Health vs. Hellerstedt 579 U.S. (2016).

[30] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.

Diante do exposto, um esclarecimento final, a partir da seguinte indagação: a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre deixou de ser considerada crime no direito brasileiro?

Não.

Estamos diante de questão incidental decidida pela 1ª Turma do STF como fundamento para a concessão de *habeas corpus* de ofício para o afastamento de prisão preventiva e, portanto, sem caráter vinculante (não tendo havido, inclusive, a determinação de trancamento da ação penal por atipicidade).

O afastamento da caracterização do crime nas hipóteses definidas em referido julgado (primeiro trimestre da gestação) depende de apreciação em ADPF pelo pleno do STF ou a partir de alteração normativa pelo Congresso Nacional a introduzir, se for o caso e houver vontade política, mais uma hipótese de aborto legal (pendente). O tema, contudo, se mostra extremamente polêmico e delicado.

14.10.1.5 Distanásia, eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia

Dentro da ideia de vida digna e do direito de viver com dignidade, surge a problemática do direito de dispor sobre a própria vida e de "morrer com dignidade" (tema, inclusive, que está sendo discutido no Projeto de Novo Código Penal – pendente), remetendo à análise dos seguintes institutos: distanásia, eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia. Vejamos:

• distanásia: também conhecida como "obstinação terapêutica" (*l'acharnement thérapeutique* – Jean Robert Debray), enseja uma morte lenta e com intenso sofrimento.

Isso se deve ao impressionante avanço tecnológico da medicina, que permite o excessivo prolongamento da morte (e do sofrimento) em detrimento da vida digna, especialmente nos casos de pacientes terminais.

Conforme afirmou Debora Diniz, a obstinação terapêutica se caracteriza por um excesso de medidas "que impõem sofrimento e dor à pessoa doente, cujas ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido".[31]

Leo Pessini, por sua vez, observa que o termo distanásia "também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. No mundo europeu fala-se de "obstinação terapêutica", nos Estados Unidos de "futilidade médica" (*medical futility*). Em termos mais populares a questão seria colocada da seguinte forma: até que ponto se deve prolongar o

[31] SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia: *Nos limites da vida*.

processo do morrer quando não há mais esperança de reverter o quadro? Manter a pessoa "morta-viva" interessa a quem?".[32]

Destacamos, ainda, a exposição de motivos da Res. nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal), no ponto em que realça a definição do termo obstinação terapêutica trazida por Jean Robert Debray em seu livro *L'acharnement thérapeutique*: "Comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados". Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade".

• eutanásia: por alguns chamada de "morte serena", "morte doce", "boa morte", consiste em abreviar a vida de doente incurável e terminal, procurando diminuir a sua dor ou sofrimento.

Conforme explicam Barroso e Martel, a eutanásia pode ser definida como a "ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos".[33]

Os autores ainda estabelecem três espécies do instituto: a) eutanásia voluntária: "quando há expresso e informado consentimento"; b) eutanásia não voluntária: "quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente", por exemplo, no caso de pacientes incapazes; c) eutanásia involuntária: "quando é realizada contra a vontade do paciente. No que toca à eutanásia involuntária, há um relevante e adequado consenso jurídico quanto ao seu caráter criminoso".[34]

Atualmente, não tendo ainda o STF apreciado a matéria, a eutanásia enseja a prática do crime previsto no art. 121, § 1º, CP, qual seja, homicídio privilegiado, já que praticado por motivo de relevante valor moral e, por esse motivo, a prescrição normativa da causa de diminuição de pena. Alguns autores o denominam "homicídio por piedade".

Nesse sentido, o item 39 da Exposição de Motivos do Código Penal estabelece que, "por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)".

---

[32] PESSINI, Leo: *Distanásia*.
[33] BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho: *A morte como ela é*.
[34] *Ibidi*. Nota de rodapé 6.

Não se pode confundir o conceito acima definido de eutanásia, por alguns denominado eutanásia ativa (ou em sentido estrito), "consistente na ação deliberada de matar, por exemplo, ministrando algum medicamento, ou mediante a supressão de um tratamento já iniciado", com a eutanásia passiva, essa consistente na "omissão de algum tratamento que poderia assegurar a continuidade da vida, caso ministrado".[35]

• suicídio assistido: nesse caso, a pessoa em estágio terminal é assistida para implementação da morte, praticando ela mesma todos os atos que levarão à sua morte.

Debora Diniz observa que em muitos casos a pessoa que quer pôr termo ao sofrimento não tem condições de se suicidar em razão de sua debilidade. Assim, "foram desenvolvidos mecanismos para garantir que apertando um botão de uma máquina, por exemplo, seja acionado um dispositivo para injetar o medicamento", no caso, letal.[36]

• ortotanásia: "trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática "sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais".[37]

Dentro dessa perspectiva, apesar das divergências de nomenclatura na doutrina, parece possível fazer a seguinte distinção: a) eutanásia ativa indireta: os mecanismos de sustentação artificial da vida são retirados, como, por exemplo, o desligamento de aparelhos; b) eutanásia passiva: não se inicia uma ação médica. A morte, nesses casos, virá naturalmente, diante da omissão.

Conforme anotam Canotilho e Vital Moreira, "jurídico-constitucionalmente, não existe o direito à eutanásia ativa, concebido como direito de exigir de um terceiro a provocação da morte para atenuar sofrimentos ("morte doce"), pois o respeito pela vida alheia não pode isentar os "homicidas por piedade" (cf., porém, as especificidades do crime de "homicídio a pedido da vítima" tipificado no art. 134, do CP). Relativamente à ortotanásia ("eutanásia ativa indireta") e eutanásia passiva – o direito de se opor ao prolongamento artificial da própria vida – em caso de doença incurável ("testamento biológico", "direito de viver a morte"), podem-se justificar regras especiais quanto à organização dos cuidados e acompanhamento de doenças em fase terminal ("direito de morte com dignidade"), mas não se confere aos médicos ou pessoal de saúde qualquer direito de abstenção de cuidados em relação aos pacientes…".[38]

---

[35] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel: *Curso de direito constitucional*.

[36] *Ibidi*.

[37] BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho: *A morte como ela é*.

[38] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital: *Constituição da república portuguesa anotada*.

O tema se mostra bastante polêmico e está em discussão. A ideia de bom senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada, deixando claro não haver, ao menos explicitamente, qualquer vedação constitucional ao dito "direito de morrer com dignidade" (Sarlet).

Finalmente, conforme já sinalizamos, deve ser destacada a Res. nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento.

Apesar de todas essas perspectivas, entendemos que a decisão individual terá de ser respeitada. A fé e a esperança não podem ser menosprezadas e, portanto, a frieza da definição não conseguirá explicar e convencer os milagres da vida. A Constituição garante, ao menos, apesar de ser o Estado laico, o amparo ao sentimento de esperança e fé que, muitas vezes, dá sentido a algumas situações incompreensíveis da vida.

14.10.2 Princípio da igualdade (art. 5º, caput, I, da CF/1988)

14.10.2.1 Aspectos gerais

O art. 5º, caput, da CF/1988, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material.

Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face, da Lei.

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Em diversas hipóteses a própria Constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material: art. 3º, I, III e IV, art. 4º, VIII, art. 5º, I, XXXVII, XLI e XLII, art. 7º, XX, XXX,[39] XXXI, XXXII e XXXIV, art. 12, § 2º e § 3º, art. 14, caput, art. 19, III, art. 23, II e X,

[39] Nesse sentido, a S. 683/STF: "o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da CF/1988, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido" (cf., também, o tema 646 da repercussão geral – ARE 678.112). No mesmo sentido, o art. 27, caput, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), nos seguintes termos: "na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos,

art. 24, XIV, art. 37, I e VIII, art. 43, caput, art. 146, III, "d" (EC nº 42/2003 – Reforma Tributária), art. 150, II, art. 183, § 1º, art. 189, parágrafo único, art. 203, IV e V, art. 206, I, art. 208, III, art. 226, § 5º, art. 231, § 2º, etc, da CF/1988.

Em outras, é o próprio constituinte quem estabelece as desigualdades, por exemplo, em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, destacando-se as seguintes diferenciações: art. 5º, L, da CF/1988 (condições às presidiárias para que possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação), art. 7º, XVIII e XIX, da CF/1988 (licença-maternidade e licença-paternidade), art. 143, § 1º e § 2º, da CF/1988 (serviço militar obrigatório), art. 40, III, art. 201, § 7º, I e II, da CF/1988 (regras sobre aposentadoria – EC nº 103/2019).

Além dessas e de outras hipóteses expressamente previstas na CF/1988, a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello parece ter encontrado parâmetros sólidos e coerentes em sua clássica monografia sobre o tema do princípio da igualdade, na qual fala em três questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou desrespeito ao aludido princípio. O desrespeito a qualquer delas leva à inexorável ofensa à isonomia. Resta, então, enumerá-las: "a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados".[40]

14.10.2.2 "*Separate but equal*" e "*Treatment as an equal*" (Brown v. Board of Education)

Destacamos, antes das ações afirmativas, a perspectiva do *separate but equal*, que vigorou durante muito tempo nos Estados Unidos e consistia na separação (separate) de brancos e negros, porém, assegurando uma prestação de serviços idêntica (equal). Assim, por exemplo, existiam escolas para negros e escolas para brancos, mas, embora separados, a qualidade de ensino deveria ser igual. O mesmo acontecia em relação ao transporte, ou seja, vagões para brancos e vagões para negros. Como a qualidade dos serviços era a mesma, não se vislumbrava violação à isonomia, muito embora a segregação.

Esse entendimento foi estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, em 1896. O Estado da Louisiana (Estados

---

ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir". Sobre o Estatuto, cf. interessante e muito didática obra de Luiz Eduardo Alves de Siqueira, Estatuto do Idoso de A a Z, passim.

[40] MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.*

Unidos) promulgou uma Lei que exigia vagões de trens separados para negros e brancos. Em 1892, Homer Adolph Plessy – que na descrição do julgado foi "definido" como sendo 7/198 caucasiano, aqui no sentido de "raça branca", e 1/198 de "raça negra" – sentou-se em um vagão apenas para "brancos" em um trem da Louisiana. Houve pedido para se mudar para o vagão destinado aos "negros". Diante de sua recusa, ele foi preso e retirado do trem.

Por 7 x 1, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que essa segregação imposta pela Lei nos Estados do Sul não violava a 14ª Emenda à Constituição americana, por não significar inferioridade dos afro-americanos, tratando-se de questão meramente política.

Em momento seguinte, sob forte influência do Chief Justice Earl Warren, nomeado por Eisenhower, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 9 x 0, no famoso caso Brown v. Board of Education (347 U.S. 483, 1954) proferiu decisão histórica, verdadeiro marco no movimento de direitos civis, declarando ser inconstitucional a segregação racial entre estudantes brancos e negros nas escolas públicas do país por violar a cláusula de proteção de iguais prevista na 14ª emenda, revertendo, assim, o citado entendimento que até então vigorava desde 1896 (Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537).

Houve muita resistência para o cumprimento da decisão, assim como a alegação de que esta não teria disciplinado o modo de sua execução, o que ensejou a necessidade de uma nova explicitação pela Corte (caso Brown II), pela qual se ordenou a implementação da proibição de segregação da forma mais rápida possível. Como essa decisão ensejou forte reação contrária e resistência (o fenômeno do *backlash* – cf. item 1.7), podemos dizer que a Corte exerceu, na sistematização proposta por Luís Roberto Barroso,[41] um sugerido papel iluminista (cf. item 1.6.4 deste nosso estudo).

Essa nova perspectiva do *treatment as an equal* estimulou a implementação das ações afirmativas para afastar o sentimento de discriminação que vigorou por muitos anos. Atualmente, contudo, as próprias ações afirmativas estão sendo revistas, no sentido de que a igualdade já está assegurada de modo substancial, não havendo mais necessidade de interferência do Estado.

14.10.2.3 Ações afirmativas – Três importantes precedentes da Suprema Corte

Esses critérios podem servir de parâmetros para a aplicação das denominadas discriminações positivas, ou affirmative actions,[42] tendo em vista que, segundo David Araujo e Nunes Júnior, "... o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender,

---

[41] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista.*

[42] Cf. interessante trabalho MENEZES, Paulo Lucena de: *A ação afirmativa ("Affirmative action") no direito norte-Americano,* para o ordenamento brasileiro, e, também, o do Ministro do STF Joaquim Barbosa (GOMES, Joaquim B. Barbosa: *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade).*

mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições".[43]

Passamos a destacar importantes precedentes estabelecidos pelo STF.

a) Cotas Raciais

Em primeiro lugar, lembramos, em 2012, o julgamento das cotas raciais, notadamente a discussão travada na ADPF 186, que considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB) (para um outro precedente, cf. julgamento do RE 597.285 que discute o sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul).

Conforme ponderou o Min. Lewandowski, relator do caso, "as experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de "um pequeno número" delas para "índios de todos os Estados brasileiros", pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição".

Ainda, o STF declarou o reconhecimento da proclamação na Constituição da igualdade material, sendo que, para assegurá-la, "o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista – a abranger número indeterminado de indivíduos – mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas – a atingir grupos sociais determinados – por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Certificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia. Anotou-se a superação de concepção estratificada da igualdade, outrora definida apenas como direito, sem que se cogitasse convertê-lo em possibilidade" (Inf. 663/STF).

A partir desse julgamento, devemos destacar, em momento seguinte, a aprovação, da Lei nº 12.990/2014 que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de

---

[43] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*. (original sem grifos).

economia mista controladas pela União, pelo prazo de 10 anos (art. 6º, da Lei nº 12.990/2014).

Cabe lembrar que, em 2017, o STF, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na ADC 41 para declarar a integral constitucionalidade da referida Lei nº 12.990/2014, fixando a seguinte tese de julgamento: "é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa".

Na medida em que a legislação é explícita ao estabelecer a reserva de vagas apenas no âmbito do Poder Executivo Federal, muitos vêm discutindo a extensão dessas regras para o âmbito dos demais entes federativos e, ainda, para os concursos realizados no Judiciário e no Legislativo.

Procurando minimizar essa polêmica, em 2015, levando em consideração a decisão firmada na ADPF 186, bem como a Lei nº 12.990/2014 e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), o presidente do STF e do CNJ, Min. Lewandowski, assinou atos normativos instituindo a reserva de vagas dentro do limite fixado na citada Lei nº 12.990/2014, qual seja, 10 anos a partir de sua publicação, para os concursos de provimento de cargos efetivos nos âmbitos do STF (Res. nº 548/2015) e do CNJ (IN nº 63/2015).

Durante a solenidade, o Min. Lewandowski afirmou que em breve o CNJ analisaria a implantação das regras para os concursos públicos de todo o Judiciário brasileiro. Conforme afirmou, "o que o Supremo Tribunal Federal faz hoje é um primeiro passo, mas que em breve deverá ser estendido, por meio de decisão do Conselho Nacional de Justiça, para toda a magistratura", afirmou durante a cerimônia. O presidente do STF destacou que segundo dados do último censo realizado pelo IBGE, em toda a magistratura brasileira figuram apenas 1,4% de negros" (Notícias STF de 2015).

Em curto espaço de tempo, o CNJ editou a Res. nº 203/2015, dispondo sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.

Nesse mesmo sentido, com certa demora, já que a Lei data de 2014, o CNMP editou a Res. nº 170/2017, também dispondo sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, I e II, da CF/1988.

b) PROUNI

Em segundo lugar, dentro dessa ideia de política de cotas e diante de toda a problemática gerada por outras iniciativas, o Governo Federal, através da MP nº 213/2004,

instituiu o PROUNI – Programa Universidade para Todos, que foi regulamentado pelo Decreto nº 5.493/2005. A Medida Provisória nº 213/2004, foi objeto das ADIs 3.314 e 3.379, apensadas à ADI 3.330, e, posteriormente, convertida na Lei nº 11.096/2005.

O art. 1º, da Lei nº 11.096/2005, ao instituir o PROUNI, dispõe tratar-se de programa destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e parciais de 50% ou de 25% para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

O art. 2º, da Lei nº 11.096/2005, destina a bolsa para: a) estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; b) estudante portador de deficiência, nos termos, da Lei; c) professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os art. 1º, § 1º e § 2º, da Lei nº 11.096/2005.

Por maioria de votos, o STF, em 2012, julgou constitucional o PROUNI, como importante fator de inserção social e cumprimento do art. 205, da CF/1988, que estatui ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família.

Ainda, o programa encontra-se em sintonia com diversos dispositivos da Constituição que estabelecem a redução de desigualdades sociais.

Não se poderia sustentar violação ao princípio da autonomia universitária, previsto no art. 207, da CF/1988, na medida em que a adesão ao programa é facultativa (art. 5º, caput, da Lei nº 11.096/2005).

Também, não se acatou a argumentação de violação ao princípio da livre-iniciativa (art. 170, parágrafo único, da CF/1988), tendo em vista "a ociosidade de vagas nas instituições de ensino superior, a favorecer a manutenção de suas atividades, frente aos benefícios tributários de que passariam a usufruir" (Inf. 664/STF).

No mais, a isonomia substancial mostra-se fortalecida, uma vez que o programa permite o cumprimento da regra contida no art. 206, I, da CF/1988: princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

c) Lei Maria da Penha

Finalmente, destacamos decisão do STF pela qual se adotaram interpretações mais protetivas às mulheres em relação a dispositivos, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em nítida ação afirmativa com o objetivo de intimidar a prática de violência doméstica.

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 2012, julgou procedente a ADC 19, para declarar a constitucionalidade dos art. 1º, art. 33 e art. 41, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo por fundamento o princípio da igualdade,

bem como o combate ao desprezo às famílias, sendo considerada a mulher a sua célula básica.

Na mesma assentada, por maioria e nos termos do voto do Relator, o STF julgou procedente a ADI 4.424, para, dando interpretação conforme os art. 12, I, e art. 16, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), declarar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico (cf. item 19.9.5).

14.10.2.4 Ações afirmativas – Indicação de Ministros para o STF

Temos, ainda, 2 exemplos de ações afirmativas, quais sejam, a indicação de uma mulher e de um negro para o STF, isso depois de mais de 200 anos e 289 Ministros nomeados (quantidade até o fechamento desta edição), considerando que o STF tem a sua origem histórica no início do século XIX (Casa da Suplicação do Brasil – ainda na fase colonial, em 1808, e Supremo Tribunal de Justiça, em 1829 – vide item 11.8.1).

Como se sabe, Ellen Gracie Northfleet foi a primeira mulher a integrar o STF, tendo tomado posse em 2000. Conforme asseverou o Ministro Celso de Mello, "o ato de escolha da Ministra Ellen Gracie para o Supremo Tribunal Federal – além de expressar a celebração de um novo tempo – teve o significado de verdadeiro rito de passagem, pois inaugurou, de modo positivo, na história judiciária do Brasil, uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade".[44]

Em relação à indicação de um Ministro negro, conforme noticiado pelo STF, "o presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, pretende indicar um ministro negro para uma das próximas vagas que abrirão para o Supremo Tribunal Federal. A informação foi dada na manhã de hoje (7/4/2003) pela secretária Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial, Matilde Ribeiro, ao presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio, com quem esteve em audiência. A secretária disse que conversou com Marco Aurélio sobre ações afirmativas, e declarou, após o encontro: "Estamos vivendo um período bastante positivo em que este governo está, de fato, sendo propositivo e indicando pessoas que não tiveram acesso ao poder, considerando que o nosso país é bastante discriminatório e racista". A secretária afirmou também que o debate desse tema "deve ser aprofundado"".[45]

---

[44] MELLO FILHO, José Celso de: *Notas sobre o supremo tribunal (Império e república)*. Lembramos um fato insólito: com a indicação da primeira mulher ao cargo de Ministro do STF, a Corte teve que passar por uma reforma para construir um banheiro feminino ao lado do plenário.

[45] Notícias STF, 2003: "Lula pretende indicar negro para o Supremo, diz secretária ao presidente do STF".

Essa pretensão do Presidente Lula, como todos sabem, foi confirmada pela indicação do Ministro Joaquim Barbosa, que, juntamente com Cezar Peluso e Carlos Britto, tomou posse no STF em 2003.

14.10.2.5 Congeneridade

Outro assunto causou muita polêmica, a qual foi vivenciada pelos amigos do Distrito Federal.

O art. 49, da Lei nº 9.394/1996 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional) prescreve que as instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas e mediante processo seletivo.

O art. 49, parágrafo único, da Lei nº 9.394/1996, por seu turno, prescreve que as transferências *ex officio* dar-se-ão na forma, da Lei.

A Lei nº 9.536/1997 regulamenta o assunto. O art. 1º, da Lei nº 9.536/1997, prevê que a transferência *ex officio* será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida por motivo de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta, não se aplicando essa regra quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

Em virtude dessa regra e de Parecer 02/2004-AGU/RA, o Conselho Universitário da Universidade de Brasília (UnB) decidiu suspender o vestibular para o curso de Direito tamanha a quantidade de pedidos de transferência, sobretudo de filhos de militares. A situação se agrava haja vista ser a Capital Federal, sem dúvida, um grande centro de concentração do oficialato militar.

Diante de toda essa polêmica, foi proposta a ADI 3.324, pelo PGR, questionando a aludida sistemática, especialmente a transferência de militares e dependentes estudantes em universidades particulares para públicas. O pleno do STF, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, acompanhando o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, "que decidiu dar ao art. 1º, da Lei nº9.536/1997 interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a autorizar a transferência obrigatória desde que a instituição de destino seja congênere à de origem, ou seja, de pública para pública ou de privada para privada" (j. 2004).

"O Ministro Gilmar Mendes, que também acompanhou o voto do relator, disse que "o critério da congeneridade é estritamente proporcional ao caso porque garante o ingresso *ex officio*, como garante a integridade da autonomia universitária, além de preservar minimamente o interesse daqueles que não são servidores públicos civis ou militares ou seus dependentes, ou seja, a grande maioria da população brasileira"" (Notícias STF, 2004).

Em relação ao servidor público federal civil, cabe destacar, no mesmo sentido do julgamento da ADI 3.324, o art. 99, da Lei nº 8.112/1990, que garante a "matrícula em instituição de ensino congênere".[46]

A orientação firmada na ADI 3.324 tem sido aplicada em diversas decisões da Corte, sejam colegiadas ou monocráticas, inclusive em reclamações constitucionais em razão do efeito vinculante da ação direta.[47]

Destacando voto do Min. Teori Zavascki na Rcl 11.920, o Min. Celso de Mello, no julgamento da Rcl 23.849, explicitou o critério da congeneridade das instituições de ensino: "de instituição particular para instituição particular ou, então, de instituição pública para instituição pública, sendo indiferente, neste último caso, que se trate de instituição federal, estadual, distrital ou municipal". Tratava-se de matrícula na Faculdade de Direito da USP (de natureza pública estadual) de aluna oriunda da UNIRIO (de natureza pública federal), em razão de manter união estável com integrante das Forças Armadas transferido *ex officio* do Rio de Janeiro para São Paulo, em razão de interesse da Administração Pública (j. 2016).

Mas uma pergunta prática deve ser feita: e se na localidade de transferência do servidor público por interesse da administração inexistir instituição de ensino congênere?

O STJ vinha admitindo uma exceção à referida regra da congeneridade (universidade pública para pública ou privada para privada), qual seja, "se não houver curso correspondente em estabelecimento congênere no local da nova residência ou em suas imediações, hipótese em que deve ser assegurada a matrícula em instituição não congênere" (AgRg no REsp 1.161.861-RS, DJE de 2010, e AgRg no REsp 1.335.562-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 2012).

Essa particularidade (inexistência de curso correspondente em estabelecimento congênere no local da nova residência ou em suas imediações) não foi apreciada pelo STF no julgamento da ADI 3.324 (precedente) e em outros julgados sobre a matéria.

Em momento seguinte, contudo, a Corte, apreciando o tema 57 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "é constitucional a previsão legal que assegure, na hipótese de

---

[46] Na linha do julgado na ADI 3.324, fundamentando-se no critério da congeneridade, cf. Rcl 4.036-MC/RJ.

[47] Reafirmando a regra da congeneridade, cf.: Rcl 3.480, Rcl 6.425, Rcl 7.483, Rcl 11.920, RE 575.830 etc. Muito embora alguns Ministros tenham falado em "princípio" da congeneridade (Ayres Britto na ADI 3.324, Dias Toffoli no AI 857.375 e Gilmar Mendes na Rcl 3.665), em verdade, tratase de regra a ser observada.

transferência *ex officio* de servidor, a matrícula em instituição pública, se inexistir instituição congênere à de origem" (RE 601.580, j. 2018), enaltecendo o direito à educação.

14.10.2.6 Foro da residência da mulher no revogado CPC/1973. Novas regras trazidas pelo CPC (foro de domicílio do guardião de filho incapaz) e pela Lei nº 13.894/2019 (foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos, da Lei Maria da Penha)

O STF, em discutível decisão, analisando a regra contida no art. 100, I, do CPC/1973, que determinava ser competente o foro da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento, entendeu não haver afronta ao princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da CF/1988), nem mesmo à isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF/1988), declarando, naquele momento, a sua recepção pela Constituição (RE 227.114, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2011, 2ª T., DJE de 2012).

O CPC, por sua vez, modificando a regra, do CPC/1973, deixou de prever o foro privilegiado da residência da mulher, passando a estabelecer, como premissa, a vulnerabilidade do guardião e do filho incapaz (conjuntamente considerados).

Pela nova regra contida no art. 53, I, CPC, para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável, era competente o foro de domicílio do guardião de filho incapaz. Caso não houvesse filho incapaz, o do último domicílio do casal. Se nenhuma das partes residisse no antigo domicílio do casal, o do réu.

Em momento seguinte, a Lei nº 13.894/2019 alterou referida regra processual, passando a estabelecer a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (art. 53, I, "d", do CPC).

Conforme se observa, o legislador silenciou sobre a preferência de domicílio. Antes do advento da referida lei, havia consenso em se afirmar que o art. 53, I, "a" à "c", do CPC, estavam previstas em ordem preferencial.

Com a nova regra, contudo, pensamos que o art. 53, I, "d", do CPC (foro de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar) passa a ter preferência sobre as demais, que incidirão somente se não observada a situação de vítima de violência doméstica e familiar.

14.10.2.7 Art. 384 da CLT: Obrigatoriedade de intervalo de 15 minutos para as mulheres antes de hora extra. Revogação expressa pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Antes de sua revogação expressa pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o tema da isonomia entre homens e mulheres (art. 5º, I, da CF/1988) foi retomado na discussão sobre a recepção ou não do art. 384, da CLT, que, tratando da proteção do trabalho da mulher, estabeleceu, para a hipótese de prorrogação do horário normal, a obrigatoriedade de descanso de 15 minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário.

Analisando os artigos da Carta Magna, não há qualquer regra expressa sobre a hipótese tratada na CLT, que destinava a proteção exclusivamente para a mulher. Encontramos apenas a previsão genérica do art. 7º, XX, da CLT, que assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos, da Lei.

Essa garantia exclusiva da trabalhadora mulher, muito embora polêmica diante do princípio da isonomia, desde 2008, já vinha sendo reconhecida pelo TST desde o julgamento de questão de ordem resolvida pelo pleno em recurso de revista (TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5).

O STF, por maioria apertada (5 x 4), referendou esse entendimento, reconhecendo a recepção do art. 384, da CLT, no julgamento do RE 658.312 (j. 2014, DJE de 2015).

Para o Min. Dias Toffoli, Relator, dois foram os argumentos a ensejar o tratamento desigual entre os gêneros: a) existência de componente orgânico e biológico a justificar a desigualação, inclusive diante de menor resistência física da mulher; b) existência de componente social justificado pela dita dupla jornada da mulher, no lar e no ambiente de trabalho.

Contra essa decisão foram interpostos embargos declaratórios, sustentando a nulidade do julgamento por ausência de intimação dos defensores do embargante. O Plenário, em 2015, acolhendo o pedido, conferiu efeito modificativo e anulou o acórdão, determinando a inclusão em pauta para novo julgamento.

Antes deste novo julgamento, contudo, a Reforma Trabalhista revogou expressamente o art. 384 da CLT por meio do art. 5º, da Lei nº 13.467/2017, deixando claro, portanto, não ser mais obrigatória a concessão desse intervalo para a mulher.

Em edições anteriores, diante da nova posição que, felizmente, a mulher vem adquirindo na sociedade, sustentávamos a revogação do dispositivo ou a sua ampliação, em igualdade, para os homens trabalhadores.

Superada essa questão em relação à distinção entre o homem e a mulher, um ponto final precisa ser colocado: diante da revogação expressa do art. 384 da CLT, essa garantia,

que era assegurada ao empregado menor de 18 anos, nos termos do art. 413, parágrafo único, da CLT, também deixou de ser obrigatória. Em nosso entender, o legislador poderia ter sido mais cauteloso em relação a esse ponto específico, pois, pensamos, havia razoabilidade em se assegurar essa garantia para o menor de 18 anos.

14.10.3 Princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988)

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático.

Esse princípio já estava previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No direito brasileiro vem contemplado nos art. 5º, II, art. 37 e art. 84, IV, da CF/1988.

O art. 5º, II, da CF/1988, estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o particular e para a administração pública. Vejamos:

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a Lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado.

Já no que tange à administração pública, esta só poderá fazer o que a Lei permitir. Deve andar nos "trilhos, da Lei", corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto. Existem algumas restrições, como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio, já analisados por nós neste trabalho.

14.10.4 Proibição da tortura (art. 5º, III, da CF/1988)

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo que a Lei considerará crime inafiançável a prática da tortura (art. 5º, XLIII, da CF/1988). A Lei nº 9.455/1997 integrou a referida norma constitucional, definindo os crimes de tortura. Por sua vez, a Lei nº 12.847/2013, além de instituir o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

14.10.4.1 Algemas

Conforme jurisprudência do STF, "o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou

dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (HC 89.429, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2006, DJ de 2007).

Nesse sentido, destacamos a SV 11/2008, com a seguinte redação: "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Referida súmula vinculante "prescrevendo" regras em relação ao uso de algemas foi aprovada pelo STF quando ainda não havia normatização geral sobre a matéria pelo Congresso Nacional.

No momento de sua adoção, destacamos a existência do art. 199, da Lei nº 7.210/1984 (LEP), ao estabelecer que o emprego de algemas será disciplinado por Decreto federal, havendo, em termos normativos, a Lei nº 11.689/2008, que disciplina o seu uso apenas para as hipóteses do pleno do júri. Conforme se observa, a SV 11/STF foi aprovada em momento seguinte, qual seja, em 2008.

Com atraso de mais de 30 anos, atendendo ao comando da LEP, foi editado o Decreto nº 8.858/2016, que disciplinou o uso de algemas, partindo das seguintes diretrizes:

• dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988);

• proibição de submissão a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF/1988);

• Regras de Bangkok (Res. nº 2010-16/2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras);

• Pacto de San José da Costa Rica (que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade).

O art. 2º, do Decreto nº 8.858/2016 copia as disposições da SV 11 sem, contudo, prescrever consequências em caso de seu descumprimento.

Por sua vez, o art. 3º do Decreto nº 8.858/2016, veda o uso de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Sinceramente temos dúvidas, apesar do grande avanço trazido pelo decreto, se a disposição prevista no art. 199 da LEP, que delega ao Decreto a regulamentação sobre o uso de algemas, foi recepcionada pela CF/1988.

Em nosso entender, de acordo com o art. 22, I, da CF/1988, haveria a necessidade de Lei (nacional) em sentido formal para tratar sobre o assunto e não de Decreto do Executivo.

Nesse sentido, a Lei nº 13.434/2017, ao acrescentar o art. 292, parágrafo único, do CPP, parece ter substituído o art. 3º do Decreto nº 8.858/2016. Confira: "é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato".

Por todo o exposto, não restam dúvidas que a SV 11/STF continua válida e aplicável, em qualquer das hipóteses em que se possa pensar:

• o art. 199 da LEP foi recepcionado e, portanto, o Decreto nº 8.858/2016 é válido: a SV 11 continua válida no ponto em que estabelece consequências em caso de seu descumprimento, quais sejam: a) responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade; b) nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere; c) responsabilidade civil do Estado;

• o art. 199 da LEP não foi recepcionado pela CF/1988, pois haveria a necessidade de Lei formal: nessa hipótese, além da regra sobre o uso de algemas no júri (Lei nº 11.689/2008), há apenas a Lei nº 13.434/2017 tratando sobre um único assunto: regras em relação às mulheres grávidas. Assim, a SV 11/STF estaria com a sua validade total, já que não teria sido derrogada pelo Decreto presidencial.

Sobre o tema, vale lembrar que o art. 17, da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) tinha a seguinte redação: "Submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro".

Referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, com as seguintes razões: "A propositura legislativa, ao tratar de forma genérica sobre a matéria, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, há ofensa ao princípio da intervenção mínima, para o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, além do fato de que o uso de algemas já se encontra devidamente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 11, que estabelece parâmetros e a eventual responsabilização do agente público que o descumprir" (Mensagem nº 406/2019).

Analisando a redação da SV nº 11 e a do art. vetado, observa-se um conteúdo muito próximo. Em nossa opinião, não é papel do Poder Judiciário legislar. Nesse sentido, os motivos do veto quando afirmam que o tema já está disciplinado não se sustentam, já que é o Parlamento o órgão que tem a função típica de normatizar.

14.10.4.2 Lei da Anistia

Outro tema importante diz respeito à análise da recepção da chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979) pelo novo ordenamento, levado ao STF pela OAB na ADPF 153, que pretendia fosse anulado o perdão dado aos policiais e militares acusados de praticar atos de tortura, durante o regime militar, e que encontrava respaldo no art. 1º da Lei nº 6.683/1979, com a seguinte redação:

"É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

O STF, por 7 x 2, entendeu como não admitida a revisão jurisdicional, da Lei da Anistia, sustentando ter sido "... uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei nº 6.683/1979 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei nº 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 1984, vigorando desde 1987 – e a Lei nº 9.455/1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da CF/1988 – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente à sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido" (ADPF 153).

14.10.5 Liberdade da manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V, da CF/1988)

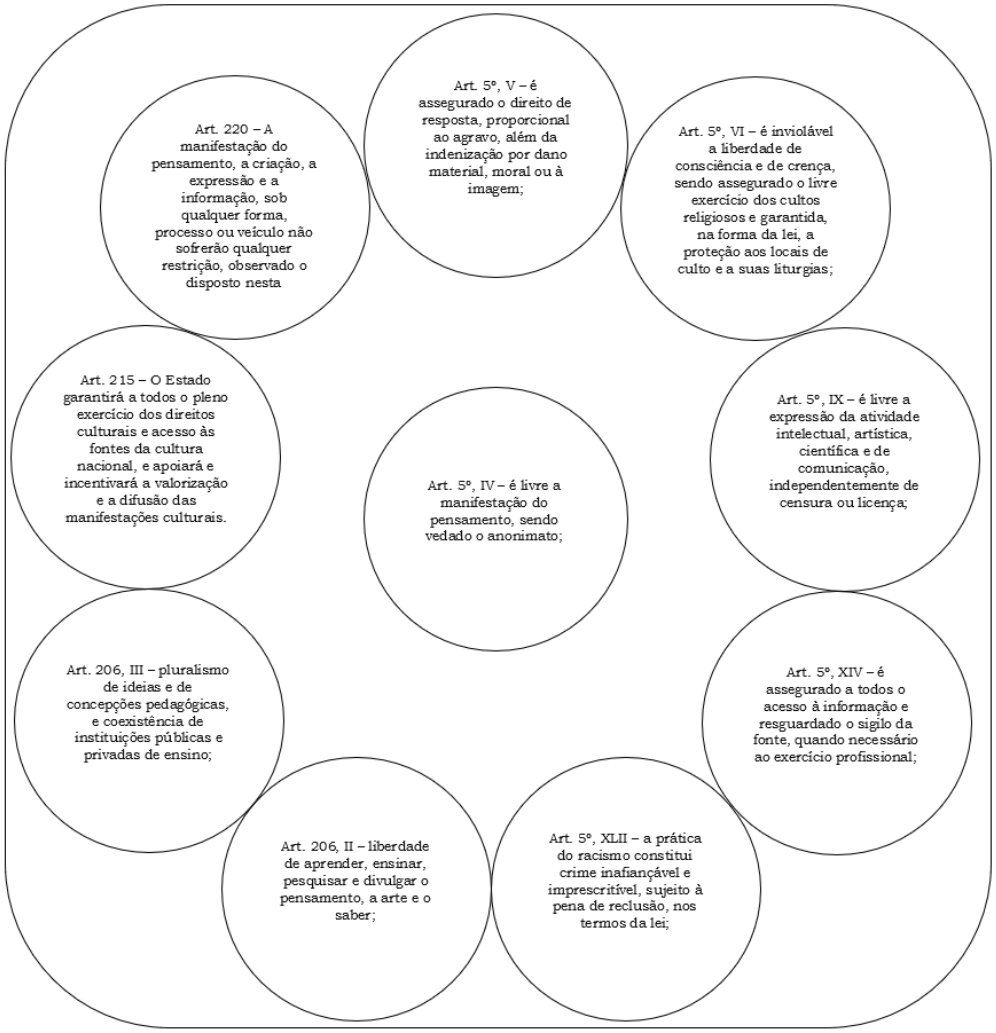
A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização.

Tem razão Ingo Sarlet ao afirmar que a regra contida no referido art. 5º, IV, da CF/1988, estabelece uma espécie de "cláusula geral" que, em conjunto com outros dispositivos, asseguram a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações:

- liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião);
- liberdade de expressão artística;
- liberdade de ensino e pesquisa;

• liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”);

• liberdade de expressão religiosa.[48]



Isso posto, nessa parte, passamos a tecer alguns comentários pontuais, destacando precedentes do STF, lembrando que os temas da divisão apontada acima serão estudados em tópicos próprios. Vejamos.

14.10.5.1 Liberdade de expressão e a problemática do “*hate speech*”. “Posição de preferência” da liberdade de expressão.

A garantia da liberdade de expressão tem sido objeto de instigantes discussões no âmbito do STF e, certamente, deverá ser amplamente analisada no julgamento da RCL 38.782, ajuizada em 2020 por Netflix (plataforma de streaming), contra a decisão do TJRJ que determinou a proibição de difusão do conteúdo audiovisual do especial de Natal da produtora “Porta dos Fundos”, em razão de ter o conteúdo do filme, segundo a decisão

[48] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel: *Curso de direito constitucional*.

atacada, ultrapassado os limites da liberdade artística e, naquele momento, em se tratando de medida liminar, para "acalmar os ânimos" da sociedade brasileira (TJRJ, AgR nº 0083896-72.2019.8.19.0000).

No mesmo dia do ajuizamento da referida reclamação constitucional que buscava a garantia da autoridade das decisões do STF proferidas na ADPF 130 e na ADI 2.404, o Min. Presidente do STF, Dias Toffoli (os autos foram distribuídos para o Min. Gilmar Mendes), por se tratar de recesso, monocraticamente, deferiu a liminar, suspendendo os efeitos da decisão do TJRJ e, assim, restabeleceu o *status quo*, afastando a proibição de exibição do filme.

Em seu voto, pendente a apreciação pelo Plenário, o Ministro Dias Toffoli resgata a argumentação desenvolvida na SL 1.248 (j. 2019, pela qual se suspendeu decisão da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que permitia a apreensão de livros que tratavam do tema da homotransexualidade na Bienal do Livro – no mesmo sentido, RCL 36.742, tendo orientado a decisão tomada na STP 165 MC, j. 2019, pela qual se assegurou a apresentação de cantores e grupos religiosos no Réveillon organizado pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro), pedindo vênia para reproduzi-la:

"[...] o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito a voz. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo.

Nesse sentido, é esclarecedora a noção de "mercado livre de ideias" (*marketplace of ideas*, a expressão em inglês, acrescente-se), oriunda do pensamento do célebre juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes, segundo o qual ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade.

Além desse caráter instrumental para a democracia, a liberdade de expressão é um direito humano universal – previsto no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 –, sendo condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual.

[...]

O Supremo Tribunal Federal tem construído uma jurisprudência consistente em defesa da liberdade de expressão: declarou a inconstitucionalidade da antiga Lei de imprensa, por possuir preceitos tendentes a restringir a liberdade de expressão de diversas formas (ADPF 130, DJE de 2009); afirmou a constitucionalidade das manifestações em prol da legalização da maconha, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento (ADPF 187, DJE de 2014); dispensou diploma para o exercício da profissão de jornalismo, por força da estreita vinculação entre essa atividade e o pleno exercício das liberdades de expressão e de informação (RE 511.961, DJE de 2009); determinou, em ação de minha

relatoria, que a classificação indicativa das diversões públicas e dos programas de rádio e TV, de competência da União, tenha natureza meramente indicativa, não podendo ser confundida com licença prévia (ADI 2.404, DJE de 2017) – para citar apenas alguns casos".

Isso posto, indagamos: a partir das colocações expostas, podemos afirmar que o direito brasileiro e a jurisprudência do STF adotaram o entendimento de que a garantia da liberdade de expressão abrange o *hate speech*?

Não.

A problemática do *hate speech* (discurso do ódio) evidencia-se em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos ao fazer interpretações da primeira emenda à Constituição (*first amendment*), que assegurou a liberdade de expressão nos seguintes termos: "*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*" ("o Congresso não pode elaborar nenhuma Lei limitando – cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa").

Conforme anotou Daniel Sarmento em trabalho de fôlego (produzido durante a sua estadia como *visiting scholar* na Universidade de Yale – EUA, durante o primeiro semestre de 2006), a análise do *hate speech* está relacionada à liberdade de expressão e às "manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores...".[49]

Em suas conclusões, o Brasil, inclusive o nosso STF, não adotou o entendimento de que a garantia da liberdade de expressão abrangeria o *hate speech*. Ou seja, muito embora a "posição de preferência"[50] que o direito fundamental da liberdade de expressão adquire no Brasil (com o seu especial significado para um país que vivenciou atrocidades a direitos fundamentais durante a ditadura), assim como em outros países, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando restrições "voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas".[51]

Mas o autor alerta: "... num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste

---

[49] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.

[50] Conforme estabeleceu Barroso, "... as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação" (BARROSO, Luís Roberto: *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, Idem*: *Temas de direito constitucional*).

[51] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.

caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalem para a perigosa tirania do politicamente correto".[52]

Para tanto, o modelo de solução parece ser, conforme sugere e com o qual concordamos, o da ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade e a ser analisado no caso concreto, como se observou, para se ter um exemplo, no julgamento da ADPF 130 (não recepção, da Lei de imprensa).[53]

Ainda, outra orientação importante sobre o tema é a de que eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e "em hipóteses absolutamente excepcionais... em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos".[54]

No tocante à limitação legislativa prévia à liberdade de expressão, muito embora o voto condutor proferido pelo Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF 130, negando-a, em outro julgado, que entendeu como inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão, estabeleceu o Min. Gilmar Mendes, no item 6 da ementa do acórdão: "as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela Lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto" (RE 511.961, j. 2009).

Essa limitação, conforme sustenta Sarmento, deve se dar "de forma geral e abstrata, desde que respeitados os "limites dos limites" dos direitos fundamentais, notadamente o princípio da proporcionalidade".[55]

Nessa mesma linha sugerida por Sarmento, Ingo Sarlet estabelece: "doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por Lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito".[56]

---

[52] SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais*.

[53] *Ibidi*.

[54] CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil*.

[55] *Ibidi*.

[56] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel: *Curso de direito constitucional*.

Essa perspectiva em relação à liberdade de expressão, para se ter um exemplo, verifica-se no art. 19,[57] da Lei nº 12.965/2014 (conhecida como "marco civil da internet") que assegurou a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, salvo ordem judicial específica, com exceção apenas aos conteúdo de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (art. 21, da Lei nº 12.965/2014).[58]

Destacamos, também, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Lei nº 13.709/2018).

14.10.5.2 Ainda a problemática do "*hate speech*" (discursos de incitação ao ódio). Liberdade de expressão e a prática do crime de racismo: Precedente histórico na jurisprudência do STF – HC 82.424. A liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto

Conforme vimos, muito embora a "posição de preferência" que pode ser reconhecida na doutrina e jurisprudência em relação à liberdade de expressão, esse direito fundamental não é absoluto.

Em caso concreto, discutia-se a prática ou não de crime de racismo cometido por escritor e editor de livros por suposta discriminação contra os judeus (art. 5º, XLII, da CF/1988) ao pregar ideias antissemitas, preconceituosas e discriminatórias. Absolvido em primeira instância, a 3ª Câmara Criminal do TJRS, por unanimidade, reformou a sentença e o condenou. Impetrado HC no STJ, a ordem foi denegada. Houve nova impetração de *habeas corpus* no STF, ora em análise (HC 82.424).

O STF, por 8 x 3, em julgamento finalizado em 2003, manteve a condenação imposta pelo TJRS por crime de racismo, flexibilizando a amplitude da liberdade de expressão. Em razão da importância do tema (o Min. Marco Aurélio, que ficou vencido e defendeu a tese da

---

[57] Art. 19, caput, da Lei nº 12.965/2014: "Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário".

[58] Art. 21, caput, da Lei nº 12.965/2014: "O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo".

liberdade de expressão, definiu o julgamento como um dos mais importantes da Corte desde a sua chegada há 13 anos), pedimos vênia para transcrever a ementa:

"1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (art. 20, da Lei nº 7.716/1989, na redação dada pela Lei nº 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (art. 5º, XLII, da CF/1988). [...]. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. [...]. 15. [...]. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem" (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 2003, Plenário, DJ de 2004).

A maioria dos Ministros, apesar de pequenas distinções metodológicas, justificou os seus votos com base na ideia de ponderação (sopesamento) entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa de um lado e a dignidade da pessoa humana e o direito à honra de outro. Nesse sentido, destacamos novamente a ementa do julgamento:

"13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (art. 5º, § 2º, primeira parte, da CF/1988). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica" (HC 82.424).

Sem discutir a problemática sobre a possibilidade de sopesamento da dignidade da pessoa humana, Virgílio Afonso da Silva apresenta críticas à metodologia da decisão. Para o autor, como já existe a previsão de mediação normativa – no caso, a criminalização da prática de racismo prevista na Lei –, não haveria sentido falar-se em colisão de direitos fundamentais. A escolha já foi feita pelo legislador ao prestigiar a dignidade da pessoa humana contra a liberdade de expressão. Portanto, o autor sugere que o modelo da decisão

não foi o mais adequado. No caso, eventual discordância sobre o acerto ou não do legislador ao fazer a escolha deveria ser analisada em incidente de inconstitucionalidade, sustentando-se a invalidade da tipificação penal da manifestação racista (esse raciocínio, ainda que não tenha expressado, parece ter sido o adotado pelo Min. Marco Aurélio, vencido no julgamento).[59]

O entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto foi reafirmado em julgamento proferido pela 2ª Turma do STF, que analisou situação concreta de líder de determinada religião que publicou na internet vídeos e posts de conteúdo religioso discriminatório, ofendendo autoridades públicas e seguidores de crenças religiosas diversas.

Conforme ficou sedimentado, "a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão". Isso porque "o exercício da liberdade religiosa e de expressão não é absoluto, pois deve respeitar restrições previstas na própria Constituição. Nessa medida, os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público" (RHC 146.303, STF, 2ª T., j. 2018, Inf. 893/STF).

14.10.5.3 Delação anônima

Em interessante julgado, o Min. Celso de Mello aduziu não ser possível a utilização da denúncia anônima, pura e simples, para a instauração de procedimento investigatório, por violar a vedação ao anonimato, prevista no art. 5º, IV, da CF/1988.

Em seu voto ele declara que "[...] os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.). Nada impede, contudo, que o Poder Público [...] provocado por delação anônima – tal como ressaltado por Nélson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto – adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discrição, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde

[59] SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito.*

que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas" (Inq. 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, j. 2005 – grifamos).[60]

Deixamos claro que referida decisão não afasta a importância e a constitucionalidade da delação anônima que, inclusive, vem sendo relevante instrumento para que a autoridade tome conhecimento do fato criminoso, bem como forte arma no combate à corrupção.

No último caso, destacamos o art. 13, item 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[61] ao estabelecer que "cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção".

14.10.5.4 "Marcha da maconha"

Ressaltamos a importante decisão do STF sobre a constitucionalidade da "marcha da maconha", que consistia em eventos nos quais havia manifestação no sentido da descriminalização da droga (no caso, a maconha).

O STF, em 2011, por 8 x 0, no julgamento da ADPF 187, considerou legítimo o movimento, encontrando respaldo nos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/1988) e de reunião (art. 5º, XVI, da CF/1988), assegurando, inclusive, o direito das minorias (função contramajoritária da Corte).

Ainda, a manifestação evidenciava a "interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião – direito-meio – e de manifestação do pensamento – direito-fim" (Inf. 631/STF).

De acordo com o entendimento do STF, "a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime,[62] nem com o de apologia de fato criminoso.[63] Concluiu-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião" (Inf. 631/STF).

---

[60] No mesmo sentido: HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2010, 1ª T., DJE de 2010; HC 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2007, 1ª T., DJ de 2007.

[61] O Decreto nº 5.687/2006 promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2003 e assinada pelo Brasil em 2003, tendo sido o seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 348/2005.

[62] Art. 286, do CP. Incitação ao crime: "Incitar, publicamente, a prática de crime".

[63] Art. 287, do CP. Apologia de crime ou criminoso: "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime".

Assim, foi dada interpretação conforme à Constituição, com efeito vinculante, ao art. 287, do CP, afastando qualquer interpretação que caracterizasse a criminalização da manifestação de pensamento no sentido da descriminalização das drogas, mesmo que em eventos públicos.

O Min. Luiz Fux, contudo, estabeleceu interessantes parâmetros, tais como:

• a reunião deve ser pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;

• não se pode admitir a incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização;

• naturalmente, não poderá haver consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público;

• nas manifestações, está proibida a participação de crianças e adolescentes.

Cabe lembrar que o STF, em outra oportunidade, no julgamento da ADI 4.274, ao analisar o art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006,[64] também seguiu o mesmo entendimento firmado na ADPF 187, dando interpretação conforme à Constituição para "excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas" e, claro, dentro dos limites já colocados no julgamento anterior (cf. Inf. 649/STF, j. 2011).

Na verdade, o posicionamento do STF encontra fundamento nas garantias dos direitos à informação e de liberdade de expressão, viabilizados pelo direito de reunião e como emanação da dignidade da pessoa humana, da democracia e da cidadania.

Finalmente, devemos ficar atentos: a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal (art. 28, da Lei nº 11.343/2006) está em debate no STF e pendente de julgamento (RE 635.659, com repercussão geral – tema 506).

14.10.5.5 Liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, pigmentações de caráter permanente (tatuagem) e o concurso público

O tema foi apreciado pelo STF na situação concreta de um candidato a soldado da Polícia Militar de São Paulo que foi eliminado por possuir tatuagem na perna (tribal, medindo 14 por 13 cm, como consta dos autos).

O STF, por maioria, apreciando o tema 838 da repercussão geral, fixou as seguintes teses: "a) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem

[64] Art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006: "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga".

ter por fundamento Lei em sentido formal e material; b) os editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais" (RE 898.450, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

Conforme prescreveu o Min. Fux em seu voto, "as pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5°, IV e IX, da CF/1988)". Assim, "o Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente".

Cabe alertar, contudo, conforme ficou consignado, que algumas situações podem justificar a inaptidão do candidato para determinada função pública, mas, para tanto, deve haver razoabilidade na vedação. De acordo com o voto do Min. Fux, "tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que preguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, podem obstaculizar o acesso a uma função pública e, eventual restrição nesse sentido não se afigura desarrazoada ou desproporcional".

14.10.6 Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, VI ao VIII, da CF/1988)

14.10.6.1 Regras gerais

Assegura-se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma, da Lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (como o serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143, § 1º e § 2º, da CF/1988) e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Na jurisprudência do STF, o tema passou a ser analisado quando se questionou sobre a obrigatoriedade ou não da expressão "sob a proteção de Deus" no preâmbulo das Constituições estaduais.

Como se sabe, desde o advento da República (Decreto nº 119-A/1890), há separação entre Estado e Igreja, sendo o Brasil um país leigo, laico ou não confessional, não existindo, portanto, nenhuma religião oficial da República Federativa do Brasil. Apesar dessa realidade,

a CF/1988 foi promulgada "sob a proteção de Deus", conforme se observa no preâmbulo do texto de 1988.

Todas as Constituições pátrias, exceto as de 1891 e 1937, invocaram a "proteção de Deus" quando promulgadas. Em âmbito estadual essa realidade se repetiu, com exceção do Estado do Acre. Referida omissão foi objeto de questionamento no STF pelo Partido Social Liberal. O STF, definindo a questão, além de estabelecer e declarar a irrelevância jurídica do preâmbulo, assinalou que a invocação da "proteção de Deus" não é norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual (ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso).[65]

O preâmbulo não tem relevância jurídica, não tem força normativa, não cria direitos ou obrigações, não tem força obrigatória; serve, apenas, como norte interpretativo das normas constitucionais. Por essas características e, ainda, por ser o Estado brasileiro laico, podemos afirmar que a invocação à divindade não é de reprodução obrigatória nos preâmbulos das Constituições Estaduais e leis orgânicas do DF e dos Municípios. Conforme aprofundamos no item 3.10.1.3, o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional, lembrando que Estado laico não significa Estado ateu.[66]

Partindo dessa interpretação, o art. 5º, VI, da CF/1988 enaltece o princípio da tolerância e o respeito à diversidade.

Anota José Afonso da Silva que "na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo".[67]

Para se ter um exemplo interessante dessa noção trazida por José Afonso da Silva, o STF, no julgamento da ADO 26, (em conjunto com o MI 4.733), de maneira inovadora, por 8 X 3, reconheceu o "estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem o art. 5º, XLI e XLII, da CF/1988, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT". Assim, diante da existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, a Corte cientificou o Congresso Nacional, constituindo-o em mora formal e enquadrou a homofobia e a transfobia como crime de racismo.

A referida repressão penal à prática da homotransfobia, contudo, conforme se fixou na tese de julgamento, "não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das

---

[65] Em momento posterior, cabe lembrar que a EC nº 19/2000 à Constituição do Acre acrescentou, independentemente da decisão da Corte, a expressão sob a proteção de Deus.

[66] Chamamos a atenção que a separação entre o Estado e a igreja foi prescrita de modo atenuado pelo constituinte originário, conforme comentamos no item 7.3.4.2.6 (cf., além do preâmbulo, os art. 5º, VI, VII e VIII, art. 19, I, art. 143, § 1º, art. 150, VI, "a", art. 210, § 1º, art. 213 e art. 226, § 2º, da CF/1988).

[67] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero".

O tema é extremamente palpitante e vários outros desdobramentos podem ser estudados, destacando-se:

- ensino religioso nas escolas;
- feriados religiosos;
- casamento perante autoridades religiosas;
- transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová;
- curandeirismo;
- fixação de crucifixos em repartições públicas;
- imunidade religiosa;
- guarda sabática;
- a expressão "Deus seja louvado" nas cédulas de real;
- sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana.

14.10.6.2 Ensino religioso nas escolas

O art. 210, § 1º, da CF/1988, estabelece que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Dessa forma, a escola não poderá reprovar aluno pelo fato de não frequentar a aula de ensino religioso, já que este será de matrícula facultativa e, a nosso ver, muito embora o texto fale apenas em "escola pública", em razão da natureza do ensino, entendemos que essa interpretação também poderá ser aplicada às particulares.

Esse importante tema do ensino religioso nas escolas públicas foi apreciado pelo STF no julgamento da ADI 4.439 (j. 2017), que tinha por objeto o art. 33, caput, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) e o art. 11, § 1º, do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, aprovado pelo DL nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010. Vejamos:

ENSINO RELIGIOSO	
Art. 33, caput, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.394/1996	Art. 11, § 1º, do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, aprovado pelo DL nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010
• matrícula facultativa • parte integrante da formação básica do cidadão • constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental • deve ser assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil • vedam-se quaisquer formas de proselitismo • os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores • os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso	• a República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa • o ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa • constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental • assegura-se o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação

A Corte, por 6 x 5, julgou improcedente o pedido formulado na ADI 4.439, estabelecendo que o ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, que constituirá disciplina dos horários normais, poderá ter natureza confessional, na medida em que a sua matrícula é facultativa, nos termos do referido art. 210, § 1º, da CF/1988.

O Min. Alexandre de Moraes, responsável pela lavratura do acórdão, já que abriu a divergência, deixou claro que a voluntariedade do ensino religioso enseja "um direito subjetivo individual e não [...] um dever imposto pelo Poder Público".

Assim, o Estado, "observado o binômio Laicidade do Estado (art. 19, I, da CF/1988) e Consagração da Liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/1988), deverá atuar na regulamentação do cumprimento do preceito constitucional previsto no art. 210, § 1º, da CF/1988, autorizando na rede pública, em igualdade de condições, o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais e objetivos previamente fixados pelo Ministério da Educação".

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que "neutralidade estatal não é o mesmo que indiferença [...]. Ainda que o Estado seja laico, a religião foi e continua sendo importante para a formação da sociedade brasileira [...]. A proposta de ensino não confessional retira o sentido da norma constitucional" (Inf. 878/STF – ADI 4.439). Assim, pode ser afirmado que a "neutralidade no ensino religioso não existe. O que deve existir é o respeito às diferenças" (Inf. 879/STF).

O Min. Dias Toffoli, por sua vez, observou que "o modelo de laicidade adotado no Brasil, portanto, compreende uma abstenção por parte do Estado, pois obsta que o Poder Público favoreça corporações religiosas, prejudique indivíduos em decorrência de suas convicções e impeça a liberdade de expressão religiosa. Mas abrange também, por expressa previsão constitucional, condutas positivas que o Poder Público deve tomar para assegurar a liberdade

religiosa" e, no caso, um exemplo dessas condutas positivas é a previsão de ensino religioso nas escolas públicas, claro, conforme vimos, de matrícula facultativa.

Dias Toffoli sustenta, ainda, que a harmonia entre o ensino religioso, a laicidade do Estado e o direito fundamental de liberdade de crença encontra respaldo nos seguintes aspectos (do ensino religioso):

• matrícula facultativa: esse ponto específico parece ser o argumento central para o reconhecimento da constitucionalidade das leis em análise;

• pluralidade e diversidade;

• conteúdo programático: será estabelecido em parceria com a sociedade civil, inclusive com a participação das diferentes denominações religiosas;

• respeito à diversidade cultural do país;

• vedação a quaisquer formas de proselitismo.

Lembramos, finalmente, o voto do Min. Barroso, que, apesar de vencido (a decisão foi por 6 x 5), estabeleceu importantes questões e condutas a serem observadas no tocante à facultatividade da matrícula:

• "não se deve permitir a matrícula automática de todos os alunos no ensino religioso, exigindo-se manifestação de vontade para que seja incluído na matéria;

• os alunos que optarem por não cursarem a disciplina ensino religioso deverão ter alternativas pedagógicas de modo a atingir a carga mínima anual de 800 horas, exigida pelo art. 24 da LDB;

• o ensino religioso deve ser ministrado em aula específica, vedado o ensino transversal da matéria;

• os alunos que escolherem cursar ensino religioso devem ter reconhecido o direito de se desligarem a qualquer tempo".

14.10.6.3 Feriados religiosos

Lembramos que, quando da vinda do Papa Bento XVI, no ano de 2007, para o Brasil, pretendia-se declarar 11 de maio, dia da canonização de Frei Galvão, feriado religioso.

A matéria foi bastante discutida no Congresso Nacional e, ao final, a Lei nº 11.532/2007, sem conotação religiosa, acabou instituindo o dia 11 de maio como o Dia Nacional do Frei Sant"Anna Galvão, passando referida data a constar oficialmente no calendário histórico-cultural brasileiro, mas não se reconhecendo, em razão da laicidade, o feriado religioso. E como ficam os feriados religiosos que já constam de nosso calendário? A única resposta para esse questionamento é afirmar o seu caráter histórico-cultural.

14.10.6.4 Casamento perante autoridades religiosas

O casamento é civil e gratuita a celebração (art. 226, § 1º, da CF/1988).

O casamento religioso tem efeito civil, nos termos, da Lei (art. 226, § 2º, da CF/1988).

Portanto, se, conforme visto, não existe religião oficial e se a liberdade de crença religiosa está assegurada, podemos afirmar que o casamento em centro espírita ou mesmo em templo, catedral, sinagoga, terreiro, casa religiosa, enfim, o casamento celebrado por líder de qualquer religião ou crença tem o mesmo efeito civil do casamento realizado na religião católica, aplicando-se, por consequência, o art. 226, § 2º, da CF/1988.

O STF ainda não enfrentou o tema. Contudo, há importantes julgados proferidos por Tribunais de Justiça, como o da Bahia (MS 34.739-8/2005) e o do Rio Grande do Sul (AC 70003296555, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 2002) no sentido de dar o correto efeito civil.

14.10.6.5 Transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová

Conforme informado em seu site oficial, as testemunhas de Jeová estão presentes em 240 países e territórios autônomos, com cerca de 8,5 milhões de praticantes.[68]

As testemunhas de Jeová adoram ao único Deus apresentado pela Bíblia, que é chamado de Jeová, sendo esta "a mensagem inspirada de Deus para os humanos". Apesar de acreditarem tanto no "Velho Testamento" como no "Novo Testamento", não se consideram fundamentalistas.

Tendo sempre por base a Bíblia, não aceitam a transfusão de sangue, mesmo em situações de risco de vida. Essa recusa não configura demonstração de desejo suicida (já que não refutam o tratamento médico alternativo) ou cura pela fé. Em seu site oficial, explicam: "isso é mais uma questão religiosa do que médica. Tanto o Velho como o Novo Testamento claramente nos ordenam a nos abster de sangue (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29). Além disso, para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14). Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida".[69]

Isso posto, surge a questão: o médico, diante de iminente risco de vida, tem o dever de fazer a transfusão de sangue ou deve respeitar a vontade manifesta da testemunha de Jeová e, assim, implementar apenas os métodos alternativos de tratamento sem sangue, mesmo que possam levar à morte?

Estamos diante da concorrência entre dois direitos fundamentais de igual hierarquia: o direito à vida e à liberdade religiosa, sendo que, como se sabe, nenhum deles é absoluto.

---

[68] https://pt.wikipedia.org/wiki, acesso em 08.01.2018.

[69] https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeovanao-transfusao-sangue, acesso em 08.01.2018.

Luís Roberto Barroso, ao tratar sobre o tema em interessante parecer jurídico,[70] observa que a dignidade humana apresenta duas perspectivas que se complementam:

• dignidade como autonomia: "tutela a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas escolhas, notadamente as de caráter existencial, dentre as quais se inclui a liberdade religiosa";

• dignidade como heteronomia: "envolve a imposição de padrões sociais externos ao indivíduo, o que, no caso concreto, significa a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular do direito".[71]

Apesar de se completarem, entende ser "possível afirmar a predominância da ideia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, impõe-se um especial ônus argumentativo".[72]

E conclui: "é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade".[73]

Barroso deixa claro que o exercício válido da autonomia privada depende de um "consentimento genuíno", devendo estar presentes os seguintes aspectos: a) sujeito do consentimento: a manifestação deverá ser implementada pelo titular do direito fundamental, manifestando-se de maneira válida e inequívoca, devendo ser civilmente capaz e ter o discernimento da escolha. Fala em consentimento inequívoco, sendo, no caso, personalíssimo, expresso e atual; b) o consentimento deverá ser livre: não se admitem influências externas para a tomada de decisão; c) o consentimento terá que ser informado: aquele que irá consentir deverá ter real consciência das consequências de sua decisão.[74]

Finalmente, uma questão problemática deve ser destacada: qual deve ser a compreensão em relação à necessidade de transfusão de sangue em menores sob risco de

---

[70] BARROSO, Luís Roberto: *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová.*
[71] *Ibidi.*
[72] *Ibidi.*
[73] *Ibidi.*
[74] *Ibidi.*

vida? Há pareceres de Celso Bastos,[75] Álvaro Villaça[76] e Nelson Nery[77] reconhecendo o direito de os pais ou responsáveis legais tomarem decisões médicas relativamente aos seus filhos.

Apesar dos fortíssimos argumentos de autoridade, em relação a esse ponto específico (menores) ainda estamos meditando e avaliando até que ponto se poderia reconhecer essa decisão por parte de terceiros diante do efetivo risco de vida. Pedimos vênia aos nossos leitores, ao menos por enquanto, para, ainda, não acompanhar a proposta de Bastos, Villaça e Nery no tocante a menores que não podem exprimir o seu dito "consentimento genuíno", admitindo que, talvez, a situação de "menores amadurecidos", que são aqueles que têm total discernimento de suas decisões, possa ter uma solução diversa, necessitando, neste caso específico, de decisão judicial.

Nessas hipóteses de menores que não podem exprimir o seu dito "consentimento genuíno", o médico terá o dever de realizar todos os tratamentos alternativos sem sangue e, apenas depois de esgotadas todas as possibilidades, no limite da morte/vida, havendo estrita necessidade e única possibilidade, poderá, se for o caso, realizar o procedimento de transfusão, hipótese em que, por esse raciocínio, não responderia o médico pelo crime de constrangimento ilegal (art. 146, § 3º, I, do CP).

Nesse sentido de não admitir a recusa terapêutica pelo menor ou seus representantes, também, a Res. nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina, que a admite apenas no caso de paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente no momento da decisão.

De fato, o tema é extremamente polêmico e, sem dúvida, dividirá o STF em hipótese de eventual e futuro enfrentamento. Ainda estamos meditando sobre este assunto específico dos menores e abertos a críticas, sugestões e informações para, se for o caso, evoluir a matéria.

Finalmente, cabe destacar que, em 2019, a PGR ajuizou no STF a ADPF nº 618 requerendo seja excluída a interpretação de que os médicos devem realizar transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, que, por motivo de convicção pessoal, opõem-se ao tratamento. Conforme se observa, a análise da questão envolvendo menores não será nessa ação apreciada pelo STF.

14.10.6.6 Curandeirismo

---

[75] BASTOS, Celso Ribeiro: *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas.*

[76] AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue.*

[77] NERY JR., Nelson: *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.*

O art. 284, do CP, tipifica o exercício do curandeirismo, que é crime contra a saúde pública:

• prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

• usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

• fazendo diagnósticos.

O tema ainda não chegou ao STF, mas, conforme vem sendo decidido por alguns tribunais estaduais, em casos concretos e específicos, não estará configurado o crime se a promessa de cura decorrer de crença religiosa e dentro de um contexto individual de razoabilidade.

14.10.6.7 Crucifixos em repartições públicas

Outro ponto bastante polêmico foi a questão dos crucifixos em repartições públicas. Como admiti-los diante da regra de ser o Brasil um país leigo, laico ou não confessional? A única "saída", que vem sendo adotada por algumas decisões envolvendo o Poder Judiciário (cf. Pedidos de Providências nº 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362/2007-CNJ), é a ideia de se tratar de símbolo cultural, e não religioso.

O entendimento, reconhecemos, não se mostra convincente, tanto é assim que uma das determinações do Presidente do TJRJ, em sua posse em 2009, foi a retirada dos crucifixos e a desativação da capela.

Ainda, também em contraposição ao decidido pelo CNJ, o Conselho da Magistratura do TJRS, no julgamento do processo nº 0139-11/20000348-0, em 2012, determinou fossem retirados os crucifixos e símbolos das dependências do TJRS.

Contra essa decisão, foram instaurados no CNJ o PP 0001058-48.2012.2.00.0000 e o PCA 0001418-80.2012.2.00.0000, objetivando a decretação de nulidade e, por consequência, a desconstituição do referido ato administrativo.

Evocando os precedentes firmados em 2007, o Rel. Conselheiro Emmanoel Campelo julgou monocraticamente os pedidos, reformando a decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, assim, permitindo crucifixos nas salas de audiência (j. 2016).

Conforme sustentou, "[...] a presença de crucifixo ou símbolos religiosos em um tribunal não exclui ou diminui a garantia dos que praticam outras crenças, também não afeta o Estado laico, porque não induz nenhum indivíduo a adotar qualquer tipo de religião, como também não fere o direito de quem quer seja. Assim, entendo que os símbolos religiosos podem compor as salas do Poder Judiciário, sem ferir a liberdade religiosa, e que não se pode impor a sua retirada de todos os tribunais, indiscriminadamente. Por isso, merece reparo a decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Grande do Sul que determinou, de forma discriminatória, a retirada dos Crucifixos" (essa decisão monocrática, tendo por fundamento os precedentes de 2007, transitou em julgado em razão de inexistência de impugnação).

Finalmente, lembramos que ainda não temos decisão do STF sobre o tema específico dos crucifixos (pendente).

14.10.6.8 Imunidade religiosa

Contempla o art. 150, VI, "b", da CF/1988, a denominada imunidade religiosa ao estabelecer, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de instituir impostos sobre templos de qualquer culto (assunto que deve ser aprofundado em direito tributário).

Essa regra se mostra de grande relevância, pois impede que o Estado utilize, eventualmente, de seu poder de tributar para embaraçar o funcionamento dos cultos religiosos ou igrejas (art. 19, I, da CF/1988).

Conforme estabeleceu o STF, "a imunidade prevista no art. 150, VI, "b", da CF/1988, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas". O art. 150, § 4º, da CF/1988, serve de vetor interpretativo do art. 150, VI, "b" e "c", da CF/1988..." (RE 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2002, Plenário, DJ de 2004).

Isso posto, surge a questão: a maçonaria tem imunidade tributária religiosa? Não.

Decidiu o Min. Ricardo Lewandowski, acompanhado pela unanimidade dos Ministros do STF, que "... a maçonaria é uma ideologia de vida e não uma religião, assim, a entidade não poderia ser isenta de pagar o IPTU. Segundo ele, a prática maçom não tem dogmas, não é um credo, é uma grande família. "Ajudam-se mutuamente aceitando e pregando a ideia de que o homem e a humanidade são passíveis de melhoria, aperfeiçoamento. Como se vê é uma grande confraria que antes de mais nada prega e professa uma filosofia de vida, apenas isso", disse" (Notícias STF, 2010. Cf., também, Inf. 582/STF – RE 562.351, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2012, 1ª T., DJE de 2012).

14.10.6.9 Guarda sabática

Outro ponto polêmico é a obrigatoriedade ou não de o Estado ter de designar data alternativa para a realização de concursos públicos quando a data da prova tiver sido fixada em dias que devam ser guardados, como acontece com os Adventistas do Sétimo Dia (sábado

– dia de repouso e de culto) e com os Judeus (Shabat – do pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do sábado).

Em um primeiro momento, o STF enfrentou a questão no julgamento da STA 389, que buscava a suspensão do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) marcado para os dias 5 e 6 de dezembro de 2009.

A Corte, por maioria, manteve a data da prova e não fixou dia alternativo, até porque, no edital, havia a possibilidade de pedido de "atendimento a necessidades especiais", além do que a prova poderia ser realizada no mesmo dia, após as 18h, caso em que deveriam os candidatos que guardam os sábados, contudo, apresentar-se com os demais, ficando isolados e aguardando para a realização da prova.

Essa tem sido a "saída" de alguns concursos que permitem a realização da prova após as 18h do sábado, mas exigem que os candidatos permaneçam isolados e no local, devendo apresentar-se no dia marcado para todos (para se ter um exemplo, o vestibular da Universidade do Estado do Amazonas – UEA, 2012, organizado pela VUNESP, estabeleceu essa regra de "confinamento").

O tema do concurso público deverá ser mais bem enfrentado pelo STF, mas, para nós, ante o risco de provas com graus distintos e possíveis favorecimentos de um lado ou do outro, parece que a alternativa do "confinamento", apesar de todos os seus problemas, tem sido a melhor solução, pelo menos em uma análise inicial (ainda estamos refletindo sobre esse palpitante assunto).

A problemática do concurso público, sem dúvida, deverá ser analisada considerando o interessante parâmetro normativo trazido pela Lei nº 13.796/2019, que acrescentou o art. 7º-A à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), para fixar, em virtude de escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa.[78]

14.10.6.10 A expressão "Deus seja louvado" nas cédulas de real

Em ação civil pública ajuizada pelo MPF-SP em face da União e do BACEN, pretende-se a condenação dos réus à obrigação de fazer consubstanciada na retirada da expressão "Deus seja louvado" das cédulas de dinheiro nacional.

[78] O tema da prestação alternativa em razão de escusa de consciência foi levado ao STF de modo pontual na ADI 3.714, ajuizada em 2006 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), contra a Lei nº 12.142/2005-SP, que assegurava a "guarda sabática" se houvesse alegação de motivo de crença religiosa (apesar de referida Lei ter sido totalmente vetada pelo Governador do Estado de São Paulo, a Assembleia Legislativa derrubou o veto, restabelecendo o ato normativo que foi objeto da ADI). Em 2019, o Min. Alexandre de Moraes negou seguimento à ação em razão do advento da mencionada Lei nº 13.796/2019.

O pedido foi julgado improcedente em primeira instância e confirmado em grau de recurso pela 6ª T. do TRF3.[79]

O tema é bastante interessante. Entendemos que, muito embora o Brasil seja um país laico, isso não significa um Estado ateu. O que se exige do Estado brasileiro e decorre da noção de laicidade (contraposta ao laicismo – cf. item 3.10.1.3) é a neutralidade, o respeito ao pluralismo, e não a atitude de intolerância e de hostilidade.

14.10.6.11 Sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana

A Lei nº 12.131/2004-RS, acrescentou o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.915/2003 (Código Estadual de Proteção aos Animais), prescrevendo a exclusão de responsabilidade administrativa na hipótese de abate de animais em cultos religiosos.

Segundo decidiu o STF, não se trata de excludente de ilicitude penal (que seria competência da União – art. 22, I, da CF/1988), mas, por outro lado, excludente de responsabilidade administrativa em norma estadual de proteção ao meio ambiente e à fauna (art. 24, VI, da CF/1988).

Por se tratar de matéria de competência concorrente entre a União e os Estados, a inexistência de Lei Federal (norma geral) sobre a matéria, legitimou a normatização estatal (art. 24, § 1º ao § 4º, da CF/1988).

Isso porque a Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/1998) não tratou sobre os aspectos de rituais religiosos, abrindo, então, a possibilidade de normatização por Lei Estadual diante da omissão do Congresso Nacional.

Conforme ficou estabelecido, "as regras federais foram editadas em contexto alheio aos cultos religiosos, voltando-se à tutela da fauna silvestre, especialmente em atividades de caça".

A Corte destacou, ainda, a regra contida no art. 215, § 1º, da CF/1988, segundo a qual o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Finalmente, "a Corte entendeu que admitir a prática de imolação não significa afastar o amparo aos animais estampado no art. 225, § 1º, VII, da CF/1988. Deve-se evitar que a tutela de um valor constitucional relevante aniquile o exercício de um direito fundamental, revelando-se desproporcional impedir todo e qualquer sacrifício religioso quando diariamente a população consome carnes de várias espécies".

---

[79] Autos de primeira instância nº 0019890-16.2012.4.03.6100 – sentença proferida em 2013; no Tribunal, em 2017, foi confirmada a sentença, indeferindo o pleito ministerial e, portanto, mantida a expressão "Deus seja louvado" nas cédulas de dinheiro nacional – Acórdão 22.806/2017. Ainda não temos decisão do STF sobre a matéria (pendente).

Diante de todo o exposto, o STF, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “é constitucional a Lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana” (RE 494.601, j. 2019).

14.10.6.12 Aspectos conclusivos

Dentro de uma ideia de bom senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura a todos o direito de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-las, ou, ainda, de seguir qualquer corrente filosófica, ou de ser ateu e exprimir o agnosticismo, garantindo a liberdade de descrença ou a mudança da escolha já feita.

Portanto, não podemos discriminar ou reprimir. O preconceito deve ser afastado, a sociedade tem de conviver e se harmonizar com as escolhas antagônicas sem que o radicalismo egoísta suplante a liberdade constitucionalmente assegurada.

14.10.7 Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5º, IX e X, da CF/1988)

É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Veda-se a censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º, da CF/1988), porém, apesar da liberdade de expressão acima garantida, Lei Federal deverá regular as diversões e os espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Deverá, outrossim, estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, da CF/1988, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, I e II, da CF/1988).

Se, durante as manifestações acima expostas, houver violação da intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, será assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação (art. 5º, X, da CF/1988), destacando-se a Lei nº 13.188/2016, que disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Selecionamos temas importantes já apreciados pelo STF:

• ADPF 130 – "Lei de Imprensa" – j. 2009: o STF entendeu que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) não foi recepcionada pelo novo ordenamento, uma vez que marcada por aspectos não democráticos.

• ADI 4.451 – "Lei Eleitoral sobre o Humor" – j. 2010: o STF entendeu, referendando a liminar do Min. Ayres Britto, que o art. 45, II e III, § 4º e § 5º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) violam a liberdade de imprensa, visto que o humor pode ser considerado imprensa. Referidos dispositivos afrontam, também, a plena liberdade de informação jornalística, nos termos do art. 220, § 1º, da CF/1988. Ainda, a manifestação, mesmo que seja pelo humor, não pode ser restringida, já que ela instrumentaliza e permite o direito de crítica, de opinião (mérito pendente de julgamento pelo STF). Referida liminar foi referendada pelo STF em 2018.

• ADI 4.815 – "Biografias não autorizadas": ação movida pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, em 2015, julgou procedente o pedido para dar interpretação conforme à Constituição aos art. 20 e art. 21, do CC, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, de produção científica, de liberdade de informação e de proibição de censura (art. 5º, IV, V, IX, X e XIV e art. 220, da CF/1988), declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Ainda, reafirmando o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do art. 5º, X, da CF/1988, deixou claro que em caso de transgressão haverá o direito de resposta proporcional ao agravo e o dever de indenizar, podendo-se pensar, em último caso, também na responsabilidade penal, nos termos, da Lei.

• ARE 833.248 – "Direito ao Esquecimento": o STF vai analisar o denominado "direito ao esquecimento" na esfera civil, discutindo a possibilidade de serem reavivados fatos criminosos do passado e que já teriam sido esquecidos pela sociedade. No caso concreto, em 2004, o programa "Linha Direta Justiça", da TV Globo, veiculou informações sobre homicídio praticado em 1958 e que, à época, teve grande repercussão social. Discute-se a colisão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Em outra frente, o STF apreciará o RE 1.010.606, com repercussão geral reconhecida, tendo que se pronunciar sobre a seguinte controvérsia: o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade x liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação (audiência pública realizada em 2017 – julgamento pendente).

14.10.8 Inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/1988)

De acordo com o art. 5º, X, da CF/1988, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

14.10.8.1 Sigilo bancário

Passemos a analisar o importante tema da intimidade e da vida privada e a quebra de sigilo bancário.

Conforme afirmou a Min. Ellen Gracie, "o chamado sigilo fiscal (e, naturalmente, o mesmo deve ser entendido para o sigilo bancário, acrescente-se), nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada" (HC 87.654, j. 2006). Falemos, então, sobre o sigilo bancário.

O STF, em um primeiro momento, determinou a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário no julgamento do RE 389.808 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2010, Plenário, DJE de 2011).

A discussão surgiu em razão de comunicado feito pelo Banco Santander a determinada empresa, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, partindo de mandado de procedimento fiscal e com base na LC nº 105/2001, havia solicitado àquela instituição financeira a entrega de informações sobre movimentação bancária da empresa durante o período de 1998 a julho de 2001.

Diante dessa notícia, a empresa buscou o Judiciário e, após várias medidas, a decisão final coube ao STF, que, no caso concreto, estabeleceu a necessidade de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário, por se tratar de verdadeira cláusula de reserva de jurisdição, não tendo, portanto, o Fisco esse poder.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello sustentou a ideia de um verdadeiro ""estatuto constitucional do contribuinte" – consubstanciador de direitos e limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado", destacando-se, no caso, o direito à intimidade e à privacidade.

CUIDADO: em momento seguinte, o pleno do STF, por 9 x 2, mudou o entendimento sobre a situação específica envolvendo a Receita Federal: não se trata de situação de quebra de sigilo, mas, no fundo, de transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, para que a administração tributária possa, então, cumprir o comando previsto no art. 145, § 1º, da CF/1988.

Nesse sentido, a Corte, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, firmou a seguinte tese: "o art. 6º da LC nº 105/2001 não ofende o

direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal" (RE 601.314, j. 2016, DJE de 2016).

Esse entendimento foi confirmado no julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (j. 2016, DJE de 2016).

A Corte destacou que "os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC nº 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto nº 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios" (Inf. 815/STF).

A partir da regra contida no art. 198, § 3º, I, do CTN, destacamos o entendimento, tanto do STF como do STJ, no sentido de se reconhecer a licitude do "compartilhamento promovido pela Receita Federal dos dados bancários por ela obtidos a partir de permissivo legal, com a Polícia e com o Ministério Público, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese, de infração penal" (ARE 929.356, ARE 998.818, ARE 953.058 e RE 1.043.002 AgR – STF e, no STJ, AgRg no REsp 1.601.127-SP, j. 2018).

Também nessa linha de mitigação da necessidade de autorização judicial, deve ser destacado, considerando não ser absoluta a inviolabilidade dos sigilos bancário e fiscal, o STF tem sustentado que, em se tratando de contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37, da CF/1988), a proteção do direito à intimidade/privacidade tem sido flexibilizada (MS 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2015, 1ª T., DJE de 2015. Cf., também, MS 21.729, j. 1995, Plenário, e RHC 133.118, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2017, 2ª T. – Inf. 879/STF).

Conforme estabeleceu o Min. Fux, "o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37, da CF/1988. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal (TCU) o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos" (MS 33.340).

A partir dos precedentes citados, o Min. Dias Toffoli concluiu em outro julgado: "há que se reconhecer ao Ministério Público o poder de requisitar os registros de operações financeiras referentes a recursos públicos movimentados a partir de conta corrente da municipalidade para apuração de ilícitos penais que os envolvam". Esse poder de requisição "compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. De nada adiantaria permitir ao Ministério Público requisitar diretamente os registros das operações feitas na conta bancária da municipalidade e negar-lhe o principal: o acesso ao real destino dos recursos públicos, a partir do exame de operações bancárias sucessivas (v.g., desconto de cheque emitido pela municipalidade na boca do caixa, seguido de transferência a particular do valor sacado). Entendimento em sentido diverso implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas" (RHC 133.118, j. 2017, 2ª T., DJE de 2018).

Em seguida, a Corte evoluiu de modo genérico em relação à possibilidade de transferência do sigilo para os órgãos de persecução penal (Ministério Público e Autoridades Policiais). Vejamos:

"1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" (RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2019 – Tema 990 da repercussão geral).

Assim, podemos esquematizar:

• possibilidade de quebra do sigilo bancário: o Poder Judiciário e as CPIs (federais, estaduais e distritais), que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (não incluindo aqui as CPIs municipais, conforme será explicitado abaixo).

• contas públicas – conhecimento do destino de recursos públicos – relativização da regra geral: "o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos". Nesse sentido, o STF admitiu o conhecimento de informações diretamente, tanto por parte do TCU (MS 33.340) como pelo Ministério Público (RHC 133.118).

• transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal (a Administração Tributária, cumprindo o comando previsto no art. 145, § 1º, da CF/1988, tem poderes para requisitar,

por ato próprio, o envio de informações bancárias, desde que na forma do art. 6º da LC nº 105/2001, o que deve ser entendido como translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal): "o art. 6º da LC nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal" (RE 601.314, j. 2016, Plenário, DJE de 2016). Nessa linha, na mesma data, o julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859.

• transferência de informações para os órgãos de persecução penal para fins criminais, devendo ser mantido o sigilo: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" (RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2019 – Tema 990 da repercussão geral – pendente a publicação do acórdão).

14.10.8.2 Proibição da revista íntima (Lei nº 13.271/2016)

De acordo com a Lei nº 13.271/2016, as empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, estão proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino.

A justificação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 583/2007, de autoria da Deputada Federal Alice Portugal, funda-se na luta das mulheres brasileiras por igualdade, caracterizando-se como uma das várias reivindicações femininas, tendo por fundamento o art. 5º, X, da CF/1988 (intimidade).

Muito embora extremamente relevante o objetivo da referida norma, temos de lembrar que a Lei nº 9.799/1999, ao introduzir o art. 373-A, VI, na CLT, já vedava expressamente ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Ampliando essa garantia, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) estabeleceu constituir objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução, dentre outros, do direito previsto no art. 373-A, da CLT (cf. art. 611-B, XXX, da CLT).

A Justiça do Trabalho, de maneira correta, também já havia consagrado que essa garantia não era exclusiva das mulheres – empregadas ou funcionárias (dentre vários, por exemplo, RR 1498-85.2011.5.02.0319, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, 3ª T., DEJT de 2014), na medida em que a proteção da intimidade deve ser observada independentemente do sexo ou mesmo da opção sexual, destacando-se:

• a dignidade da pessoa humana;

• a igualdade material entre homens e mulheres (art. 5º, caput, da CF/1988);

• a prescrição de que "ninguém será submetido [...] a tratamento desumano e degradante" (art. 5º, III, da CF/1988). Assim, entendemos que, 17 anos depois, a Lei poderia ter sido mais abrangente. Esse "encurtamento" normativo, contudo, não impedirá que a proteção da intimidade em seu sentido mais amplo e nos termos expostos continue sendo respeitada.

O poder fiscalizatório (ou poder de controle) do empregador, que deve assumir os riscos do seu negócio, não pode superar a dignidade dos trabalhadores (seres humanos), havendo outros meios de controle que não a vexatória e combatida revista íntima.

Finalmente, deve-se mencionar que o art. 3º, da Lei nº 13.271/2016, que admitia a revista íntima em ambientes prisionais e sob investigação policial nos casos previstos em Lei e que prescrevia que seria realizada unicamente por funcionários servidores femininos, foi vetado.

Em suas razões ao veto (mensagem 146, de 2016), a Presidente da República observa que o dispositivo caracterizaria hipótese de contrariedade ao interesse público, apresentando a seguinte justificativa: "a redação do dispositivo possibilitaria interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos estabelecimentos prisionais. Além disso, permitiria interpretação de que quaisquer revistas seriam realizadas unicamente por servidores femininos, tanto em pessoas do sexo masculino quanto do feminino".

Alertamos, em sentido diverso, para a existência de julgados no STJ prestigiando a segurança pública: "o direito à intimidade [...] não pode servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos penais, como o tráfico de entorpecentes no interior de estabelecimentos prisionais, notadamente quando, em casos como o presente, há razoabilidade e proporcionalidade na revista íntima, realizado por agente do sexo feminino e sem qualquer procedimento invasivo (precedente)" (HC 328.843/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJE de 2015).

Esse entendimento do STJ em relação à revista íntima em ambientes prisionais, contudo, sofre forte resistência por parte dos movimentos de direitos humanos, por se caracterizar ato vexatório, cruel, desumano e degradante.

Lembramos o caso "Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco", pelo qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, pela Resolução de 2014, que o Brasil

elimine a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes.[80]

Entendemos que o veto aposto ao art. 3º, da Lei nº 13.271/2016, em análise sinaliza essa tendência a não se admitir a revista íntima em estabelecimentos prisionais, havendo, inclusive, projeto de Lei tramitando nesse sentido no Congresso Nacional (PLS nº 480/2013) e algumas leis estaduais já aprovadas, como a Lei nº 15.552/2014-SP.

Outros métodos de controle e de fiscalização em razão da necessidade de segurança nos estabelecimentos prisionais, diversos e distintos da revista íntima,[81] devem ser priorizados, em respeito à dignidade da pessoa humana, como, a exemplo do que prescreve a Lei paulista, a revista mecânica (e não íntima), por meio da utilização de equipamentos capazes de garantir segurança ao estabelecimento prisional, tais como: "scanners corporais, detectores de metal, aparelhos de raios X, outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado".

O tema, sem dúvida, merecerá apreciação mais detida pelo STF (pendente).

14.10.8.3 Gravação clandestina x interceptação telefônica: Análise à luz de alguns aspectos trazidos pela Lei nº 13.432/2017 (detetive particular) e das novidades do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019)

Nesse tópico, vamos tratar sobre a captação ambiental realizada por um dos interlocutores (aqui chamada de gravação "clandestina") e sobre a captação ambiental oficial, realizada com autorização judicial.

Em relação à primeira, a doutrina faz importante distinção entre a chamada gravação clandestina feita por um dos interlocutores e a interceptação telefônica, também analisada à luz do art. 5º, XII, da CF/1988. Vejamos:

GRAVAÇÃO CLANDESTINA	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
• a captação e a gravação da conversa são feitas por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, destacando-se 3 situações mais comuns: a) gravação pessoal: ocorre, por exemplo, quando alguém realiza a gravação com um gravador no bolso ou celular, mas sem o conhecimento do outro b) gravação clandestina telefônica: a captação se dá em relação à conversa telefônica. Naturalmente, poderíamos pensar também em conversa via Skype,	• a captação e a gravação da conversa são feitas sem que os interlocutores, nenhum deles, tenha conhecimento. Para a validade da prova colhida, a Constituição exige ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, da CF/1988)

[80] PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMANN, Thimotie Aragon: *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. Conforme anotam os autores, "o Complexo Prisional de Curado já contou com a atuação do Programa Defensoria Sem Fronteiras, uma força-tarefa das Defensorias dos Estados e da União para atuar em causas mais sensíveis aos direitos humanos, como é a questão do encarceramento em massa".

[81] Para se ter um exemplo, a Lei nº 15.552/2014-SP considera revista íntima todo procedimento que obrigue o visitante a: despir-se, fazer agachamentos ou dar saltos e submeter-se a exames clínicos invasivos.

WhatsApp etc. c) gravação clandestina ambiental: a conversa é realizada em um ambiente que não o telefone, por exemplo, em um espaço aberto, ou mesmo uma repartição pública, sendo captada e gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro	

A gravação clandestina feita por um dos interlocutores, apesar de alguns sustentarem violação à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF/1988), tem sido assegurada pelo STF, devendo, naturalmente, a sua captura observar os princípios constitucionais e os limites, da Lei.

Nesse sentido, tem decidido a Corte: "a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita" (AI 578.858-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, 2ª T., DJE de 2009. Cf., ainda, RE 630.944-AgR, j. 2011, 2ª T.). Destacamos, também, interessante decisão que admite como prova a conversa gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter (cf. RE 453.562-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2008, 2ª T., DJE de 2008).

Esse tema está intimamente ligado à regulamentação do exercício da profissão de detetive particular ou detetive profissional pela Lei nº 13.432/2017, que o define como "o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante".

Muito embora a Lei restrinja a atuação do detetive particular para questões não criminais, curiosa e antagonicamente, o art. 5º, da Lei nº 13.432/2017, permite a sua colaboração com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante (mediante contrato formal de prestação de serviços) e mediante necessário aceite a critério discricionário do delegado de polícia, a quem cabe, na qualidade de autoridade policial, a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tenha como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013). Aliás, a Lei estabelece ser vedado ao detetive particular participar diretamente de diligências policiais (art. 10, IV, da Lei nº 13.432/2017).

Diante do exposto, com o advento, da Lei nº 13.432/2017, que assegurou de vez o reconhecimento da profissão de detetive particular (apesar de já haver jurisprudência antiga do STF nesse sentido – RE 84.955, j. 1978, assim como a Portaria nº 397/2002 do Ministério do Trabalho – CBO/2002, código 3518-05, que descrevia a atividade), parece-nos que a gravação clandestina poderá ser realizada com o auxílio desse profissional, ou mesmo, em determinadas circunstâncias, desde que não se viole a intimidade, pelo detetive, que,

mediante contrato formal e escrito, estará atuando como *longa manus* do contratante (vamos imaginar a fotografia tirada pelo detetive em um shopping center, ou mesmo na rua).

Naturalmente, o detetive não poderá realizar a interceptação telefônica na hipótese de nenhum dos interlocutores ter conhecimento da gravação. Como se disse, essa gravação depende de autorização judicial (art. 5º, XII, da CF/1988). Além disso, de acordo com o art. 10, da Lei nº 9.296/1996, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em Lei (redação dada pela Lei nº 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade).

Essa nossa proposta de legitimação de atuação do detetive particular, que, conforme dissemos, seria uma *longa manus* do contratante, em uma análise inicial permanece, mesmo com a criminalização trazida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), ao inserir o art. 10-A na Lei nº 9.296/1996. Isso porque o art. 10-A, § 1º, da Lei nº 9.296/1996, estabelece que não haverá crime se a captação for realizada por um dos interlocutores, que, no caso, poderia se valer dos serviços (regulamentados e previstos na lei) do detetive particular.

Finalmente, devemos destacar a novidade trazida pelo Pacote Anticrime em relação à escuta ambiental oficial (art. 8º-A, da Lei nº 9.296/1996):

"Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I – a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II – houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática."

14.10.9 Inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, da CF/1988)

14.10.9.1 Regras constitucionais

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"; ou seja, sem o consentimento do morador só poderá nela penetrar:

• por determinação judicial:[82] somente durante o dia;

• em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro: poderá penetrar sem o consentimento do morador, durante o dia ou à noite, não necessitando de determinação judicial.

O que deve ser entendido por dia ou noite? Concordamos com Alexandre de Moraes que o melhor critério seria conjugar a definição de parte da doutrina (das 6 às 18h) com a posição de Celso de Mello, que utiliza um critério físico-astronômico: a aurora e o crepúsculo.[83]

E o que devemos entender por casa? Segundo a doutrina e a jurisprudência, "casa" abrange não só o domicílio, mas também o escritório, oficinas, garagens etc. (RT 467/385), ou, até, os quartos de hotéis. Vejamos:

"Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF/1988, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (art. 150, § 4º, II, da CF/1988), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel [...]" (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, DJ de 2007 – cf., também, o voto de Sua Excelência no HC 82.788, j. 2005).

Cabe lembrar, ainda, que o STF, ao julgar o tema 280 da repercussão geral, firmou a seguinte tese: "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados" (RE 603.616, j. 2015, DJE de 2016).

Na situação concreta, por indicação do motorista que levava o restante da droga em caminhão interceptado em rodovia federal, foram encontrados 8,5 kg de cocaína no veículo estacionado na garagem da casa do recorrente, e, assim, por entender a hipótese de crime permanente (art. 33 da "Lei de Drogas" – Lei nº 11.343/2006), caracterizou-se a situação de flagrante, nos termos da Constituição. Tal entendimento (reconhecimento do flagrante nos crimes permanentes) poderá ser aplicado, também, para se ter outros exemplos, nos casos de extorsão mediante sequestro e de cárcere privado.

A necessidade de justificação formal a posteriori apresentando as fundadas razões (cf. a expressão do art. 240, § 1º, CPP) para o ingresso na casa admite, naturalmente, o controle

---

[82] Frise-se: ordem judicial, não cabendo determinação de autoridade administrativa, ou policial.
[83] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

judicial (destacando-se, também, em relação a eventual prisão em flagrante, a realidade da audiência de custódia) e foi fortalecida, nos termos das manifestações dos Ministros Lewandowski e Fux, pelo conteúdo da tese firmada na SV 11, que prevê essa formalidade no caso do uso de algemas.

14.10.9.2 O caso específico da "Lei do Mosquito"

De acordo com o art. 1º, § 1º, IV, da Lei nº 13.301/2016 ("Lei do Mosquito"), na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar, dentre outras medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos, da Lei nº 8.080/1990 e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, o ingresso forçado nos imóveis públicos e particulares.

De modo pontual, o legislador admite a referida medida, inclusive, se for o caso, com o auxílio de autoridade policial ou da Guarda Municipal (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.301/2016), em apenas três situações específicas: abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.

Nesses casos, o agente público competente deverá emitir relatório circunstanciado no local, constando as condições encontradas, as medidas sanitárias adotadas para o controle do vetor e da eliminação de criadouros do mosquito transmissor, as recomendações a serem observadas pelo responsável e as medidas adotadas para restabelecer a segurança do imóvel. Naturalmente, poderá haver controle judicial em eventual caso de abuso por parte do Estado.

A grande questão que se coloca é saber se a situação descrita de ingresso forçado viola ou não a Constituição. Em nosso entender, a Lei em análise deve ser tida, nessa situação específica do estudo, como constitucional, apesar de não se encontrar nas ressalvas explícitas previstas no art. 5º, XI, da CF/1988, já que não se trata de determinação judicial, flagrante delito, desastre ou prestação de socorro.

O fundamento para o afastamento do art. 5º, XI, da CF/1988 (inviolabilidade domiciliar), que não é um direito absoluto, decorre da ponderação a ser realizada à luz de outros preceitos, como o direito à vida (art. 5º, caput, da CF/1988) e o direito à saúde (art. 196, da CF/1988), caracterizando-se as medidas específicas previstas na Lei como adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Finalmente, nas hipóteses, da Lei e conforme exposto, naturalmente, o agente público não responderá pelo crime de violação de domicílio previsto no art. 150, do CP.

14.10.10 Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, XII, da CF/1988)

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.":

Conforme se observa, além da proteção ao sigilo da correspondência, há proteção ao sigilo de 3 formas de comunicações, com ressalva expressa apenas em relação a uma delas:

• telegráfica – sem ressalva expressa;

• de dados – sem ressalva expressa;

• telefônica – com ressalva expressa, exigindo ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (cf. Lei nº 9.296/1996). Isso posto, destacamos alguns pontos específicos:

• sigilo de correspondência: como regra, o sigilo de correspondência é inviolável, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, quando poderá ser restringido (art. 136, § 1º, I, "b", e art. 139, III, da CF/1988). Cumpre observar, também, que esse direito não é absoluto e poderia, de acordo com a circunstância do caso concreto, ser afastado, por exemplo, na interceptação de uma carta enviada por sequestradores. A suposta prova ilícita convalida-se em razão do exercício da legítima defesa;

• sigilo das comunicações telegráficas: também inviolável, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, que poderá ser restringido (art. 136, § 1º, I, "c", e art. 139, III, da CF/1988) ou em razão de eventual ponderação a ser feita no caso concreto;

• sigilo bancário (comunicação de dados bancários): no tocante ao sigilo bancário, o art. 38 (parcialmente recepcionado), da Lei nº 4.595/1964, que foi recepcionada pela CF/1988 com status de Lei Complementar (art. 192, caput, da CF/1988), permitia a quebra do sigilo bancário por: autorização judicial, determinação de CPI (art. 58, § 3º, da CF/1988), agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados e autoridade fiscal, havendo interpretação no sentido de se admitir, também, por requisição do Ministério Público (art. 129, VI, da CF/1988), para objeto de investigação criminal, entendimento esse superado pela jurisprudência do STF, conforme se observa abaixo. Referido art. 38, da Lei nº 4.595/1964, foi expressamente revogado pela LC nº 105/2001, que passou a disciplinar as regras sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. O art. 6º, da LC nº 105/2001 permitiu às autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados

indispensáveis pela autoridade administrativa competente, devendo o resultado dos exames, as informações e os documentos ser conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Mencionada regra foi regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, cujo art. 1º, § 1º, do Decreto nº 3.724/2001, estabelece que o procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica, denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto no art. 1º, § 3º e § 4º, Decreto nº 3.724/2001. O art. 4º, § 1º, do Decreto nº 3.724/2001, estabelece, ainda, que a requisição será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

a) Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; b) Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; c) presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto; d) gerente de agência. Conforme visto, o STF entendeu como constitucional essa disposição por se tratar, em verdade, não de quebra, mas de transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, havendo o dever de o fisco manter o sigilo (cf. ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859; RE 601.314, todos julgados em 2016);

• quebra de sigilo e Ministério Público: na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios, o STF considerou ilegal o pedido de quebra feito diretamente pelo MP. Assim, estabeleceu que a prova utilizada pelo MP tem de vir de CPI ou de autorização do juiz (Inq. 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2007, DJ de 2007 – dada a sua importância, recomendamos a leitura). Contudo, conforme estabelece a jurisprudência do STF, "o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37, da CF/1988" (MS 33.340 – cf. item 14.10.8.1 e RHC 133.118, j. 2017, 2ª T., DJE de 2018).

Nessa linha, a Corte evoluiu de modo genérico em relação à possibilidade de transferência do sigilo para os órgãos de persecução penal (Ministério Público e Autoridades Policiais): "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de

instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" (RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2019 – Tema 990 da repercussão geral).

• sigilo fiscal (comunicação de dados): no tocante ao sigilo fiscal, faculta-se à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos, da Lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (art. 145, § 1º, da CF/1988). Assim, deve haver expressa individualização do investigado e do objeto da investigação e a indispensabilidade dos dados em poder da Receita Federal. O art. 198, do CTN, em sua redação original, vedava a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades, havendo necessidade de autorização judicial. Essa regra foi alterada pela LC nº 104/2001, que passou a admitir um intercâmbio de informação sigilosa, mediante solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, pela prática de infração administrativa. Conforme observações feitas acima sobre o sigilo bancário, o STF entendeu como constitucional a referida Lei Complementar por se tratar de transferência de sigilo e o dever de sua manutenção, havendo procedimento formal específico e responsabilidades na hipótese de eventual vazamento das informações (ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859);

• sigilo das comunicações telefônicas: a quebra será permitida nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, o procedimento deverá seguir as regras traçadas pela Lei nº 9.296/1996, sob pena de constituir prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI, da CF/1988);[84]

• gravação clandestina: conforme vimos anteriormente, a gravação clandestina (pessoal, telefônica ou ambiental) não se confunde com a interceptação telefônica. No caso da gravação clandestina, esta é feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, enquanto na intercepção telefônica a gravação é feita por um terceiro sem que os interlocutores, nenhum deles, tenham conhecimento. Neste último caso (interceptação) é indispensável a ordem judicial, na forma, da Lei, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por outro lado, em relação à gravação clandestina, instituto relacionado ao art. 5º, X, da CF/1988 e não o art. 5º XII, da CF/1988, em estudo, o STF tem admitido a prova dela decorrente como lícita, desde que ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação (AI 578.858-AgR e RE 630.944-AgR). Avançando, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019),

[84] "Crimes de rufianismo e favorecimento da prostituição. Interceptação telefônica realizada pela Polícia Militar. Nulidade. Não ocorrência. Medida executada nos termos, da Lei 9.296/1996 (requerimento do Ministério Público e deferimento pelo juízo competente). Excepcionalidade do caso: suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local" (HC 96.986, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2012, 2ª T., DJE de 2012).

explicitou a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal, a ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público (art. 8º-A, da Lei nº 9.296/1996), bem como deixou claro que não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores (art. 10-A, da Lei nº 9.296/1996);

• *habeas corpus*: "O *habeas corpus* é medida idônea para impugnar decisão judicial que autoriza a quebra de sigilos fiscal e bancário em procedimento criminal, haja vista a possibilidade destes resultarem em constrangimento à liberdade do investigado [...]" (AI 573.623, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2006, Inf. 447/STF);

• comunicações em meios eletrônicos: a garantia constitucional da inviolabilidade abrange, naturalmente, as comunicações privadas também em meios eletrônicos, pela internet, pelos tradicionais e-mails ou ainda pelos meios de comunicações proporcionados pelas redes sociais, como direct message (DM), no Twitter, Instagram Direct, conversas privadas por meio de WhatsApp, Facebook etc. No caso, destacamos a regulamentação da matéria no denominado marco civil da internet, qual seja, a Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determinou as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Destacamos, também, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Lei nº 13.709/2018).

14.10.11 Liberdade de profissão (art. 5º, XIII, da CF/1988)

A Constituição assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, podendo a legislação infraconstitucional limitar o seu alcance, fixando condições ou requisitos para o pleno exercício da profissão.

Mas qual o limite para a atuação restritiva/controladora do legislador? Vamos a alguns exemplos:

• exame de ordem: o art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/1994, exige a aprovação como um dos requisitos essenciais para que o bacharel em direito possa inscrever-se junto à OAB como advogado. O STF considerou constitucional essa exigência (cf. RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2011, Plenário, DJE de 2012, com repercussão geral e item 12.4.1.5 deste trabalho);

• diploma de jornalista para o exercício da profissão: em 2009, por 8 x 1, o STF derrubou esse requisito (cf. RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2009, Plenário, DJE de 2009 e item 19.7.1). Cabe observar que tramita no Senado Federal a PEC nº 33/2009, que, com algumas ressalvas, passa a exigir o diploma de jornalista (matéria pendente – no momento, da Leitura, checar se referida PEC foi aprovada);

• exercício da profissão de músico: o STF entendeu inconstitucional a exigência de inscrição em conselho de fiscalização, deixando claro que essa necessidade apenas será razoável quando houver potencial lesivo na atividade. A regra, portanto, é a liberdade, e, ademais, a atividade de músico encontra garantia na liberdade de expressão, enquanto manifestação artística (cf. RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Os precedentes citados nos permitem afirmar que a jurisprudência do STF admite a regulamentação normativa de atividades que possam trazer danos a terceiros, ou, em outras palavras, atividades profissionais cuja falta de técnica traga o risco de "atingir negativamente a esfera pública de outros indivíduos ou de valores ou interesses da própria sociedade" (Min. Alexandre de Moraes, ADI 3.870, j. 2019). Nessas situações, a Lei poderá disciplinar, restritivamente, impondo regras ao exercício da profissão.

Um alerta: conforme observa Moraes em seu voto, "a legitimidade da atuação legislativa no campo do exercício do trabalho deve ser restrita apenas ao indispensável para viabilizar a proteção de outros bens jurídicos de interesse público igualmente resguardados pela própria Constituição, como a segurança, a saúde, a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, a proteção especial da infância e outros. Somente quando a execução individual de determinada atividade puder implicar risco a algum desses valores, imprescindíveis para o bem-estar da coletividade, é que o legislador estará autorizado a restringir a liberdade de trabalho".

Finalmente, dentre tantos outros julgados, destacamos, especialmente para as provas da importante carreira da defensoria pública, aquele segundo o qual o STF analisou a suposta prática do delito de exercício ilegal da profissão por parte de "flanelinhas", denunciados com base no art. 47, da Lei das Contravenções Penais, por não preencherem as condições estabelecidas na Lei nº 6.242/1975, que, regulamentando o exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores, exige o registro na Delegacia Regional do Trabalho competente.

Conforme entendeu a 2ª T. do STF, a não observância da "disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como não revelou elevado grau de reprovabilidade, razão pela qual é aplicável, à hipótese dos autos, o princípio da insignificância", levando ao reconhecimento do crime de bagatela. Assim, a ordem foi concedida para cassar o acórdão do STJ (HC 239.643) que determinou o

prosseguimento da ação penal e restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a denúncia, em face da atipicidade da conduta imputada (HC 115.046, j. 2013).

14.10.12 Liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII, da CF/1988)

É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Trata-se do direito de informar e de ser informado.

Completando tal direito fundamental, o art. 5º, XXXIII, da CF/1988, estatui que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo, da Lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Conforme observou o Min. Fachin, "o direito à publicidade viabiliza o acesso à informação pública, direito que é corolário da liberdade de expressão. A publicidade é a regra, o sigilo, a excepcional exceção. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem" (ADPF 129, j. 2019, Plenário, 6 x 5, destacando os seguintes precedentes: ADPF 33; SS 3.902; o MS 28.178; o Comentário Geral nº 34 do Comitê de Direitos Humanos e os casos Hertel v. Suíça e Magyar Jelinki Bizttság v. Hungria da Corte Europeia de Direitos Humanos).

E continuou: "os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que a) haja previsão legal; b) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e c) seja necessária e proporcional".

Regulando o acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII, da CF/1988, destacamos a Lei nº 12.527/2011.[85]

Dentro do tema da liberdade de informação, pedimos vênia para citar interessante decisão do Ministro Gilmar Mendes – envolvendo a exigência do exame psicotécnico em

[85] "Transparência – Em sessão administrativa realizada em 2012, os ministros do STF decidiram divulgar na internet a remuneração paga a ministros e servidores da Corte. A decisão atendeu ao comando, da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que entrou em vigor em 2012" (Notícias STF, 2013). Analisando a matéria, "o Tribunal, apreciando o tema 483 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento a recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias". A privacidade ficaria mitigada por se tratar de agente público, visando à eficiência (cf. ARE 652.777, j. 2015, DJE de 2015).

concursos públicos, lembrando que, de acordo com a SV 44, "só por Lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público" (j. 2015):

"... Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da CF/1988, contra acórdão assim ementado: "Administrativo. Constitucional. Concurso público. Exame psicotécnico. Sigilo e irrecorribilidade do resultado. 1. A Constituição afasta de pronto o caráter sigiloso das decisões administrativas, em primeiro lugar porque a todos é assegurado o direito de exigir do órgão público o esclarecimento de situação de interesse pessoal, além do que é assegurada qualquer informação que seja do exclusivo interesse do cidadão, salvo quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado... A possibilidade de interpretação errônea de dados psicológicos, eis que a Psicologia não é uma ciência absoluta em termos de fixação dos aspectos inerentes à personalidade e condições emocionais do indivíduo, não permite a ausência de possibilidade de reapreciação dos atos administrativos". Alega-se violação aos artigos 1º, art. 2º, art. 5º, XXXV, LIV, LV, LXIX, art. 18, art. 37, caput e I, e art. 93, IX, da CF/1988. Esta Corte firmou entendimento segundo o qual o exame psicotécnico não pode ter critério sigiloso, sob pena de infringir o princípio da publicidade. Nesse sentido o RE 342.074, Rel. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 2002, assim ementado: "EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Concurso público. Exame psicotécnico. Exame psicotécnico com caráter eliminatório. Avaliação realizada com base em critérios não revelados. Ilegitimidade do ato, pois impede o acesso ao Poder Judiciário, para conhecer de eventual lesão ou ameaça de direito ocasionada pelos critérios utilizados. Agravo regimental a que se nega provimento". No mesmo sentido o RE 243.926, Rel. Moreira Alves, 1ª T., DJ 2000. Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC/1973). Publique-se. Ministro Gilmar Mendes, Relator" (RE 348.494, DJ de 2003).

Por fim, como será comentado adiante, a garantia da liberdade de informação é complementada pelo direito de obtenção de certidões fixado no art. 5º, XXXIV, "b", da CF/1988.

14.10.13 Liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/1988)

De acordo com o art. 5º, XV, da CF/1988, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos, da Lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Durante o estado de defesa, contudo, o Decreto poderá estabelecer restrição ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações.

Por sua vez, no caso estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, da CF/1988, poderão ser tomadas contras as pessoas as medidas de obrigação de permanência

em localidade determinada (art. 139, I, da CF/1988); detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (art. 139, II, da CF/1988); suspensão da liberdade de reunião (art. 139, IV, da CF/1988).

Já na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (hipóteses de decretação de estado de sítio – art. 137, II, da CF/1988), a liberdade de locomoção também poderá ser restringida ou suspensa (art. 138, caput, da CF/1988).

Finalmente, cabe lembrar a garantia constitucional do *habeas corpus* que será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da CF/1988).

14.10.14 Direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF/1988)

O direito de reunião está assegurado a todos, e, muito embora seja um direito pessoal, o seu exercício se dá de modo coletivo (havendo uma finalidade comum entre os participantes a atraí-los), devendo ser observados os seguintes requisitos constitucionais:

• reunião pacífica: conforme anotou António Francisco de Sousa, "o caracter pacífico equivale ao estado de tranquilidade ou de ausência de desordem e de perturbação, em termos que não ponham em causa a ordem e a segurança públicas e que garantam aos demais participantes e ao público em geral condições de exercício em liberdade dos seus direitos. Assim, o carácter pacífico não implica a ausência de pequenas perturbações que possam ser consideradas aceitáveis, toleráveis ou mesmo "naturais" nos ajuntamentos de (muitas) pessoas";[86]

• sem armas: isso quer dizer, "vedação à reunião de bandos armados com intenções belicosas, porque só se admitem reuniões com fins pacíficos". E continua José Afonso da Silva: "mas não quer isto dizer que a autoridade possa submeter todos os participantes, ou qualquer deles, à revista, para verificar ou não a existência de armas. "Sem armas" significa sem armas brancas ou de fogo que denotem, a um simples relance de olhos, atitudes belicosas ou sediciosas".[87] Entendemos que o termo "armas" tem um sentido amplo, englobando não apenas a arma de fogo e a arma branca como também a utilização de instrumentos que, desvirtuados de sua função, possam trazer risco para os participantes da reunião ou para o patrimônio público ou privado, como, por exemplo, um taco de beisebol, barras de ferro, correntes etc;

• em locais abertos ao público: a previsão de reuniões em locais abertos ao público (logradouros públicos ou, por exemplo, um estádio de futebol) não exclui as reuniões privadas, que devem ser entendidas como "amparadas por outros direitos fundamentais,

---

[86] SOUSA, António Francisco de: *Liberdade de reunião e de manifestação no estado de direito.*
[87] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

como a inviolabilidade do lar ou a liberdade de associação em cuja sede se realizem".[88] Diferente da Constituição anterior, que permitia à Lei designar o local da reunião, a CF/1988 assegurou a liberdade de escolha do local da manifestação, havendo apenas a proibição de frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local;

• independentemente de autorização: basta o mero aviso prévio, pois, assim, o Estado poderá assegurar os meios indispensáveis para a realização do direito, organizando o trânsito, mandando reforço policial e garantindo a ordem;

• desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local: o direito fundamental de um grupo não pode ser frustrado pela manifestação de grupo com ideias diametralmente opostas ou conflitantes. Aliás, o Estado tem o dever (de prestação) de assegurar e proteger os manifestantes, impedindo, inclusive, que um grupo entre em choque com o outro. Conforme anotou Paulo Branco, reconhecendo certo grau de eficácia horizontal do direito de reunião, "mesmo sendo reunião aberta ao público, nela não se há de exigir que sejam ouvidas ideias contrárias ao objetivo da manifestação". Citando caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, assentou que "numa democracia o direito de contramanifestar não pode ter tal extensão a ponto de inibir o exercício do direito de manifestação";[89]

• sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente: nesse sentido, o exercício do direito não está condicionado a um pedido de autorização ou a uma licença prévia. Basta comunicar.

Conforme bem anotou António Francisco de Sousa, "o tema da liberdade de reunião e de manifestação é, sem dúvida, um dos temas centrais do Estado de direito democrático, pois é através do exercício desta liberdade que os cidadãos podem exprimir livremente a sua opinião, criticar o poder, fazer exigências, enfim, erguer a voz contra a injustiça e a opressão. Sem liberdade de reunião e de manifestação não há verdadeira democracia: diz-me que liberdade de reunião e de manifestação praticas no teu país e dir-te-ei que democracia alcançaste".[90]

Celso de Mello, por sua vez, em interessante julgado que entendeu como inadequada, desnecessária e desproporcional a proibição, pelo Decreto nº 20.098/1999-DF, de manifestações públicas que utilizem carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes, prescreveu: "a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da

---

[88] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*
[89] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Comentários à Constituição do Brasil.*
[90] SOUSA, António Francisco de: *Liberdade de reunião e de manifestação no estado de direito.*

liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar" (ADI 1.969, j. 2007, Plenário, DJ de 2007).

José Afonso da Silva completa: a liberdade de reunião caracteriza-se como verdadeira "liberdade-condição", "porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação do pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política e de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar)".[91]

Nesse sentido, podemos citar a discussão sobre a "marcha da maconha" (cf. item 14.10.5.4), que o STF analisou no julgamento da ADPF 187 e da ADI 4.224.

Conforme visto, o direito de reunião, neste importante precedente, caracterizou-se como "direito-meio" para se viabilizar a manifestação do pensamento no sentido da descriminalização da droga, claro, dentro dos limites que a Corte fixou e já foram apontados no referido item, ao qual remetemos nosso ilustre leitor para leitura.

Finalmente, é de lembrar que, ainda que exercido no seio das associações, o direito de reunião poderá ser restringido na vigência de estado de defesa (art. 136, § 1º, I, "a", da CF/1988) e a liberdade de reunião suspensa durante o estado de sítio (art. 139, IV, da CF/1988).

14.10.15 Direito de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, da CF/1988)

A liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, é plena. Portanto, ninguém poderá ser compelido a associar-se e, uma vez associado, será livre, também, para decidir se permanece associado ou não.

A criação de associações e, na forma, da Lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Têm elas autonomia para formular seus estatutos.

A única forma de se dissolver compulsoriamente uma associação já constituída será mediante decisão judicial transitada em julgado, na hipótese de finalidade ilícita.

Também a suspensão de suas atividades se dará por decisão judicial, não sendo necessário aguardar o trânsito em julgado; pode-se implementá-la por meio de provimentos antecipatórios ou cautelares.

Quando expressamente autorizadas, as entidades associativas têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, podendo, como substitutas processuais, defender, em nome próprio, o direito alheio de seus associados.

---

[91] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Conforme estabeleceu o STF, a simples previsão estatutária de autorização geral para a associação é insuficiente para lhe conferir legitimidade ativa para a defesa de seus associados. Assim, tem sido exigida a declaração expressa "manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade. Por conseguinte, somente os associados que apresentaram, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizações individuais expressas à associação, podem executar título judicial proferido em ação coletiva" (RE 573.232, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Nesse sentido, o pleno do STF, apreciando o tema 499 da repercussão geral, por maioria, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A, da Lei nº 9.494/1997, fixou a seguinte tese: "a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento" (RE 612.043, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2017, Plenário, DJE de 2017).

O Relator, no referido julgado, sustentou tratar-se de representação processual (art. 5º, XXI, da CF/1988) e não de substituição processual, como ocorre no art. 8º, III, da CF/1988 em relação aos sindicatos. Por isso, "a enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento se presta à observância do princípio do devido processo legal, inclusive sob o enfoque da razoabilidade. Por meio dela, presente a relação nominal, é que se viabilizam o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa".

14.10.16 Direito de propriedade (art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI, da CF/1988)

Como regra geral, assegura-se o direito de propriedade, que deverá atender à sua função social, nos exatos termos dos art. 182, § 2º e art. 186, da CF/1988.

Esse direito não é absoluto, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF/1988). Por outro lado, caso a propriedade não esteja atendendo a sua função social, poderá haver a chamada desapropriação-sanção pelo Município com pagamentos em títulos da dívida pública (art. 182, § 4º, III, da CF/1988) ou com títulos da dívida agrária, pela União Federal, para fins de reforma agrária (art. 184, da CF/1988), não abrangendo, nesta última hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, e não tendo o seu proprietário outra, e a propriedade produtiva (art. 185, I e II, da CF/1988).

No tocante à propriedade urbana, a desapropriação-sanção é a última medida, já que, primeiro, procede-se ao parcelamento ou edificação compulsórios e, em seguida, à imposição de IPTU progressivo no tempo, para, só então, passar-se à desapropriação-sanção.

Importante destacar, embora matéria a ser indagada normalmente nas provas de tributário, que até o advento, da EC nº 29/2000, que deu nova redação ao art. 156, § 1º, da CF/1988, acrescentando-lhe dois incisos, o STF admitia a progressividade do IPTU exclusivamente para a hipótese do art. 182, § 4º, II, da CF/1988, entendimento esse, inclusive, pacificado na Súmula 668/STF: "é inconstitucional a Lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".[92]

Com a nova redação conferida ao art. 156, § 1º, I e II, da CF/1988, pela EC nº 29/2000, sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, da CF/1988, o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel (progressividade fiscal – art. 145, § 1º, c/c o art. 156, § 1º, I, da CF/1988) e ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, dependendo, para esta última hipótese (art. 156, § 1º, II, da CF/1988), de caráter nitidamente extrafiscal, da edição de plano diretor estabelecendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

Nessa linha, convém verificar a nova redação conferida ao art. 153, § 4º, I, da CF/1988, pela Reforma Tributária (EC nº 42/2003), explicitando a progressividade do ITR.

O direito de propriedade, ainda, poderá ser restringido através de requisição, no caso de iminente perigo público, podendo a autoridade competente usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Lembramos, também, as limitações administrativas, as servidões e a expropriação. Neste último caso, as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, na forma, da Lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º, da CF/1988. Ainda, todo e

---

[92] O leading case foi o RE 153.771-MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1996, DJ de 1997 e Inf. STF 54/96: "EMENTA: IPTU. Progressividade. No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu art. 145, § 1º, da CF/1988, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o art. 156, § 1º, da CF/1988 (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o art. 182, § 4º, II, da CF/1988 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no art. 156, I, § 1º, da CF/1988. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156, § 1º, da CF/1988, aplicado com as limitações expressamente constantes do art. 182, § 2º e § 4º, da CF/1988. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional a Tabela III, Setor II, Subiten 2.2.3 da Lei nº 5.641/1989, no município de Belo Horizonte". Na doutrina, o ilustríssimo Carrazza já defendia, mesmo antes, da EC nº 29/2000, a progressividade do IPTU (cf. CARRAZZA, Roque Antonio: *Curso de direito constitucional tributário*).

qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma, da Lei (cf. art. 243, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 81/2014).

Em relação à natureza jurídica da responsabilidade do proprietário de terras nas quais fora localizada cultura ilegal de plantas psicotrópicas, o STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 399 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "a expropriação prevista no art. 243, da CF/1988 pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*" (RE 635.336, j. 2016, Plenário).

No caso, a expropriação pode ser caracterizada como espécie de confisco constitucional e tem caráter sancionatório, tendo sido afastada, portanto, apesar do amplo debate, a responsabilidade puramente objetiva.

Conforme sustentado pelo Relator, Min. Gilmar Mendes, "a própria menção à aplicabilidade do art. 5º, da CF/1988, remete a um mínimo de proteção do proprietário não culpado pelo ilícito. Concluiu que a responsabilidade do proprietário, embora subjetiva, é bastante próxima da objetiva. Dessa forma, a função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de zelar pelo uso lícito de seu terreno, ainda que não esteja na posse direta. Entretanto, esse dever não é ilimitado, e somente se pode exigir do proprietário que evite o ilícito quando evitá-lo esteja razoavelmente ao seu alcance. Ou seja, o proprietário pode afastar sua responsabilidade se demonstrar que não incorreu em culpa, que foi esbulhado ou até enganado por possuidor ou detentor" (Inf. 851/STF).

Cabe alertar que, "segundo o relator, em caso de condomínio, havendo boa-fé de apenas alguns dos proprietários, a sanção deve ser aplicada e ao proprietário inocente cabe buscar reparação dos demais".

Por fim, a garantia assegurada à pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, no sentido de não ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a Lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Para as provas de concursos, especialmente em matéria de direito administrativo, sugerimos um estudo mais aprofundado do tema desapropriação e suas diversas modalidades. Nesse sentido, regulamentando os art. 182 e art. 183, da CF/1988, foi elaborada a Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, que trouxe profundas inovações a respeito da matéria, refletindo inclusive no campo do direito civil, processual civil, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei da Ação Civil Pública, para citar alguns exemplos. Dessa forma, sugerimos uma leitura atenta do referido dispositivo legal na preparação dos candidatos.

14.10.17 Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5º, XXX e XXXI, da CF/1988)

Como corolário do direito de propriedade, o art. 5º, XXX, da CF/1988, garante o direito de herança.

Ensina Maria Helena Diniz que "o objeto da sucessão causa mortis é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do de cujus, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança".[93]

O Ministro Maurício Corrêa observou que "... a Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado" (ADI 1.715/MC-DF, DJ de 2004). De fato, sobre esse assunto, remetemos o leitor para os compêndios de direito civil.

Por fim, a Constituição traz regra específica no art. 5º, XXXI, da CF/1988, sobre a sucessão de bens de estrangeiros situados no País, que será regulada pela Lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a Lei pessoal do de cujus.

Ou seja, conforme anotou Celso de Mello, "a sucessão de estrangeiro domiciliado no Brasil reger-se-á, como é óbvio, pela Lei brasileira (critério do *jus domicilii*). Contudo, se a Lei nacional do de cujus estrangeiro, aqui domiciliado, for mais favorável ao cônjuge supérstite ou aos filhos brasileiros, aplicar-se-á aquele ordenamento jurídico (critério do *jus patriae*). De outro lado, não sendo, o de cujus, estrangeiro domiciliado no Brasil, nem o seu estatuto pessoal mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros, reger-se-á a sucessão dos bens aqui localizados pelo direito brasileiro (critério do *forum rei sitae*)... Isso significa que, em nosso direito, prevalece, como regra geral, o princípio da unidade da sucessão ou do estatuto sucessório. Os diversos elementos ou circunstâncias de conexão, já referidos, de natureza pessoal (*jus domicilii* e *jus patriae*) e real (*forum rei sitae*), tornam possível solucionar o problema dos conflitos de leis no espaço, ensejando, dessa forma, a aplicação do estatuto jurídico pertinente".[94]

14.10.18 Propriedade intelectual (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX, da CF/1988)

---

[93] DINIZ, Maria Helena: *Curso de direito civil brasileiro.*
[94] MELLO FILHO, José Celso de: *Constituição Federal anotada.*

Os incisos em referência garantem o direito de propriedade intelectual, quais sejam, a propriedade industrial e os direitos do autor. A Constituição os define da seguinte maneira:[95]

• aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a Lei fixar;

• são assegurados, nos termos, da Lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

• a Lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

14.10.19 Defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988)

Sem dúvida foi a Constituição portuguesa de 1976 que, de maneira pioneira, acolheu diversas normas de proteção aos consumidores. Essa realidade reflete, acima de tudo, a recente preocupação do Estado com os problemas da sociedade de massa, especialmente a partir do Estado Social de Direito.[96]

A Constituição espanhola, na mesma linha, buscando inspiração nas disposições da portuguesa, também, de modo amplo, tratou da proteção dos consumidores no art. 51:1 da Constituição Espanhola.

Influenciada por ambas (portuguesa e espanhola), a Constituição Federal de 1988 assegurou regras protetivas para o consumidor, destacando-se os seguintes dispositivos legais: Art 5º, XXXII, da CF/1988, O Estado promoverá, na forma, da Lei, a defesa do consumidor. Art. 24, da CF/1988 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Art. 129, da CF/1988, São funções institucionais do Ministério Público [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Art. 150, § 5º, da CF/1988, A Lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que

---

[95] Vide Lei nº 9.279/1996 (propriedade industrial) e Lei nº 9.610/1998 (direitos autorais).

[96] Nesse sentido, cf. os art. 52º, 3, "a", art. 60º, art. 81º, "i", e art. 99º, "e", da Constituição da República Portuguesa de 1976 (revista pelas Leis Constitucionais nº. 1/1982, 1/1989, 1/1992, 1/1997, 1/2001 e 1/2004). A íntegra da Constituição portuguesa pode ser consultada no site. http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html

incidam sobre mercadorias e serviços[97]. Art. 170, da CF/1988, A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] V – defesa do consumidor. Art. 48 do ADCT, O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Conforme aponta José Afonso da Silva, muito embora reconheça a Constituição portuguesa como a pioneira no estabelecimento das regras protetivas dos consumidores, "[...] as constituições brasileiras, desde 1946, inscreveram um dispositivo que poderia servir de base à proteção do consumidor, se fosse eficaz. Referimo-nos à repressão ao abuso de poder econômico, que, na CF/1988, aparece com enunciado menos eficaz ainda, porque o fez depender, da Lei. Esta é que "reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º, da CF/1988)".[98]

Em relação à previsão contida na CF/1988, concordamos com José Afonso da Silva que a sua inserção entre os direitos fundamentais erigiu os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugando essa previsão à do art. 170, V, da CF/1988, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica, "[...] tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa Lei da oferta e da procura [...]".[99]

No tocante ao direito brasileiro, os conceitos gerais de consumidor e fornecedor e a noção de produto e serviço, atendendo aos preceitos constitucionais, foram regulados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, inegável microssistema das relações de consumo. Excepcionalmente, contudo, desde que não haja conflito, havendo espaço, aplicar-se-ão as regras do Código Civil e de legislações extravagantes pertinentes à matéria.

O atual Código Civil, Lei nº 10.406/2002, que entrou em vigor em 12.01.2003 (*vacatio legis* de 1 ano, de acordo com o art. 2.044, da Lei nº 10.406/2002), por seu turno, reafirmou a sua aplicação subsidiária no tocante às relações de consumo. Para se ter um exemplo, destacamos o art. 593, Lei nº 10.406/2002, a prestação de serviço, que não estiver sujeita

---

[97] Esse direito fundamental dos consumidores foi regulamentado nos termos, da Lei nº 12.741/2012. De acordo com o art. 1º, da Lei nº 12.741/2012, emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo o território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda

[98] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

[99] *Ibidi.*

às leis trabalhistas ou à Lei especial (no caso, exemplifique-se, o CDC), reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

O art. 1º, do CDC, estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social. Por consequência, conforme anotam Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "[...] o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição".[100]

Por fim, cabe referir que o STF decidiu que as relações de consumo de natureza bancária ou financeira estão protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor. "Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192, da CF/1988, a exigência de Lei Complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e as obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por Lei Ordinária" (ADI 2.591-DF, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ ac. Min. Eros Grau, j. 2006, Inf. 430/STF).

Contudo, no tocante ao transporte aéreo, o entendimento foi no sentido do afastamento do CDC, tendo o STF, apreciando o tema 210 da repercussão geral, fixado a seguinte tese: "nos termos do art. 178, da CF/1988, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor" (RE 636.331, j. 2017, DJE de 2017).

14.10.20 Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, da CF/1988)

Assegura-se a todos, independentemente do pagamento de taxas:

• o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

• a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

---

[100] NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade: *Código de processo civil comentado;* comentários ao art. 1º do CDC. Cuidado: àqueles que estudam para provas que exigem o conhecimento das regras específicas do CDC, como é o concurso para a Procuradoria da República, indispensável a leitura minuciosa, da Lei, assim como dos livros específicos sobre o assunto. Nesse sentido, cf. o programa para provimento de cargos de Procurador da República aprovado pela Res. CSMPF nº 93/2007, no qual o grupo II trata da matéria de "direito do consumidor".

Vislumbrado na Magna Carta de 1215, o direito de petição nasceu por meio do *right of petition*, na Inglaterra, consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689. Consistia, nesse primeiro momento, no simples direito de o Grande Conselho, depois o Parlamento, pedir que o Rei sancionasse as leis. Fortaleceu-se na Constituição francesa de 1791 ao se ampliarem os peticionários e o objeto da petição.

Segundo José Afonso da Silva, "o direito de petição define-se como – o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação – , seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade... Há, nele, uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade".[101]

Esse direito pode ser exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, e independe do pagamento de taxas.

Na da CF/1967 e EC nº 1/1969 vinha atrelado ao direito de representação, que não mais se repete na de 1988. Parece-nos, no entanto, que o constituinte teve a intenção de unir os dois direitos, até porque a representação se manifesta por intermédio de uma petição.

Muito embora a Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade, que regulamentava de modo formal e específico o direito de representação) tenha sido revogada pela Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade), que, por sua vez, não tratou sobre o direito de representação, entendemos que o instituto deve ser extraído da própria Constituição.

Dentre alguns dispositivos normativos, podemos lembrar, ainda, o art. 4º-A, da Lei nº 13.608/2018 ("Disque-Denúncia"), introduzido pela Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"): "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público").

Trata-se de instituto introduzido por influência do direito americano ("*whistleblower*" – ou seja, o "assoprador de apito", que procura fazer "barulho" e chamar a atenção das autoridades quando se está diante de irregularidade) e que trouxe instrumentos para estimular o encaminhamento de informações para as autoridades, apesar de previsto de maneira muito tímida e aberta, ao mesmo tempo em que procura proteger o informante.[102]

Como forma de estímulo, de acordo com o art. 4º-C, § 3º, da Lei nº 13.608/2018, quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a

---

[101] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*
[102] FOX, Richard G: *Protecting the whistleblower.*

administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% do valor recuperado. O mecanismo de recompensa tem dado muito certo nos Estados Unidos.

A novidade introduzida pelo Pacote Anticrime foi tímida, mas pensamos ser um bom exemplo de instrumento para o exercício do direito de petição/representação.

Portanto, o objetivo do direito de petição nada mais é que, em nítido exercício das prerrogativas democráticas, levar ao conhecimento do Poder Público a informação ou notícia de um ato ou fato ilegal, abusivo ou contra direitos, para que este tome as medidas necessárias.

Diferentemente do direito de ação, não tem o peticionário de demonstrar lesão ou ameaça de lesão a interesse, pessoal ou particular. Trata-se de nítida participação política por intermédio de um processo.

Embora a Constituição não fixe nenhuma sanção em caso de negativa ou omissão, parece-nos perfeitamente cabível a utilização do mandado de segurança para a obtenção de algum pronunciamento do Poder Público.

Enfim, não se pode confundir direito de petição com a necessidade de preenchimento da capacidade postulatória para a obtenção de pronunciamento judicial a respeito da pretensão formulada (salvo as exceções permitidas pelo ordenamento, como no *habeas corpus*), conforme muito bem vem destacando a jurisprudência do STF. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello observa que "... ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de Advogado, a quem compete, nos termos, da Lei, o exercício do *jus postulandi*. A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, essencial à válida formação da relação jurídico-processual. São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de Advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória. O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, "a", da CF/1988). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros..." (AR 1.354 AgR/BA, DJ de 1997).

Em relação ao direito de obtenção de certidões, também independentemente do pagamento de taxa, o art. 1º, da Lei nº 9.051/1995 dispõe que "as certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor".

Parece razoável o art. 2º, da Lei nº 9.051/1995, ao estabelecer que, "nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido". Condenável, portanto, o pedido genérico de certidão, devendo o interessado discriminar o objeto de seu interesse.

Registrado o pedido de certidão, e não atendido de forma ilegal ou por abuso de poder, o remédio cabível será o mandado de segurança, e não o *habeas data*. Trata-se de direito líquido e certo de obter certidões expedidas pelas repartições públicas, seja para a defesa de direitos, seja para esclarecimento de situações de interesse pessoal, próprio ou de terceiros. Como exemplo, o direito de o funcionário público obter certidão perante a autoridade administrativa para requerer a sua aposentadoria. Havendo negativa, o remédio cabível será o mandado de segurança, e não o *habeas data*.

Por fim, inegável que o direito de certidão não é absoluto, podendo ser negado em caso de o sigilo ser imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. Nesse sentido, regulando o art. 23, da Lei nº 8.159/1991, destaca-se o Decreto nº 7.845/2012.

14.10.21 Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988)

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, como assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça.

O art. 5º, XXXV, da CF/1988 estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Criticamos essa forma indireta de apresentação da garantia ao direito à jurisdição ("a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), que, provavelmente, foi adotada como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu o status de preceito constitucional com a da CF/1946), muitas vezes, por intermédio de Lei ou Decreto-lei, excluíam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito.

Muito melhor seria se referido princípio fosse prescrito na forma direta, como se verifica, dentre outras, nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc.

Conforme já observamos, apesar dessa crítica terminológica, o art. 5º, XXXV, da CF/1988 veio sedimentar o entendimento amplo do termo "direito", dizendo que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao "direito individual" (vide art. 141, § 4º, da CF/1946, art. 150, § 4º, da da CF/1967, art. 153, § 4º, da EC nº 1/1969, art.

153, § 4º, EC nº 1/1969, na redação determinada pela EC nº 7/1977). A partir da da CF/1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).[103]

Prefere-se, ainda, seguindo a doutrina mais abalizada, a expressão "acesso à ordem jurídica justa" a "acesso à Justiça" ou "ao Judiciário".

Isso porque, segundo a feliz distinção de Watanabe, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".[104]

Nesse sentido, Cappelletti e Garth produziram interessante ensaio para o "Projeto de Florença", ao qual já nos referimos nesta obra, identificando três grandes ondas renovatórias no processo evolutivo de acesso à ordem jurídica justa. A primeira onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária.[105] A segunda referia-se às "... reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor". O terceiro movimento ou onda foi pelos autores chamado de "enfoque de acesso à justiça", reproduzindo as experiências anteriores, mas indo além, buscando "...atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[106]

As expressões "lesão" e "ameaça a direito" garantem o livre acesso ao judiciário para postular tanto a tutela jurisdicional preventiva como a repressiva.

Apesar de ter por destinatário principal o legislador (que ao elaborar a Lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao judiciário), também se direciona a todos, de modo geral.

Não se confunde com o direito de petição (já visto no art. 5º XXXIV, "a", da CF/1988), este um direito de participação política, não sendo necessário demonstrar qualquer interesse processual ou lesão a direito pessoal. "Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, salvo nos casos dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido à autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis".[107]

---

[103] LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública.*

[104] WATANABE, Kazuo et al: *Acesso à justiça e sociedade moderna.* Em estudo anterior Watanabe já havia sacramentado a expressão ordem jurídica justa (WATANABE, Kazuo et al: *Juizado especial de pequenas causas*).

[105] Interessante a S. 667/STF, 2003: "viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa".

[106] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à justiça.*

[107] NERY JR., Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal.*

Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, tal como se verificava no art. 153, § 4º, da EC nº 1/1969, na redação dada pela EC nº 7/1977.[108] Para ingressar ("bater às portas") no poder judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas.

Exceção a essa regra, a esse direito e garantia individual (cláusula pétrea), só admissível se introduzida pelo poder constituinte originário, como acontece com a Justiça desportiva (art. 217, § 1º e § 2º, da CF/1988).[109]

Como veremos ao estudar o *habeas data*, situação semelhante também foi prevista pela Lei nº 9.507/1997. Remetemos o leitor para o referido estudo (item 14.11.6), onde expomos nosso entendimento sobre esse ponto específico da matéria.

Também destacamos o art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006 (súmula vinculante) ao estabelecer que "contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas".

Trata-se, conforme anotamos no item 11.14.11.9, de instituição, por parte, da Lei, de contencioso administrativo atenuado e sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da reclamação, e não de qualquer outra medida cabível, como a ação ordinária, o mandado de segurança etc.

Outro tema interessante já enfrentado pelo STF diz respeito à exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o regular exercício do direito de ação, a fim de que se postule judicialmente a concessão de benefício previdenciário.

Em razão da definição de parâmetros muito particulares, pedimos vênia para esquematizar as principais regras definidas pela Corte no julgamento do RE 631.240 (Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2014, DJE de 2014):

• "a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da CF/1988. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise";

• essa exigência de prévio requerimento administrativo "não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notório e reiteradamente contrário à postulação do

---

[108] "A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido" (art. 153, § 4º, da CF/1969).

[109] "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final." Findo tal prazo, perfeitamente possível o ingresso no judiciário, mesmo sem decisão final.

segurado", bem como nas hipóteses de "revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível", podendo, então, "o pedido ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração".

Em razão da prolongada oscilação da jurisprudência sobre o assunto, o STF estabeleceu uma fórmula de transição para as ações em curso e ajuizadas até a conclusão do referido julgamento:

• "a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;

• b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão".

Não sendo o caso das hipóteses estabelecidas acima, o STF determinou o sobrestamento das ações para as seguintes providências:

• "o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo";

• "comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão";

• "se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir".

Por fim, a permissibilidade conferida pela Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), com as profundas ampliações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015, para as pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem (de direito ou de equidade) para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A citada Lei nº 13.129/2015, apesar de existirem algumas poucas leis esparsas e pontuais sobre o tema, consolidou, de modo bastante avançado, a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a que teria a atribuição para a realização de acordos ou transações. Em atenção ao art. 37, caput, da CF/1988 (princípio da legalidade), a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Submetendo a solução do litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, não se abre mão do direito de ação; apenas se autoriza a opção por uma jurisdição privada.

"O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional".[110]

Lembrar que a arbitragem não é obrigatória, mas facultativa (fica a cargo das partes escolher quem deve solucionar a lide – juiz estatal ou privado), e, mesmo havendo a sua escolha, o art. 32, da Lei nº 9.307/1996 admite seja declarada a nulidade da sentença arbitral por decisão do Judiciário nos casos previstos na lei.

14.10.22 Limites à retroatividade, da Lei (art. 5º, XXXVI, da CF/1988)

Como regra, conferindo estabilidade às relações jurídicas, o constituinte originário dispôs que a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.[111]

O art. 6º, da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL nº 4.657/1942) assim define os institutos:

• direito adquirido: direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;

• ato jurídico perfeito: ato já consumado segundo a Lei vigente ao tempo em que se efetuou;

• coisa julgada: decisão judicial de que não caiba mais recurso.

No tocante ao direito adquirido, como já comentamos ao tratar da teoria do poder constituinte, não se poderá alegá-lo em face da manifestação do poder constituinte originário, uma vez que este é incondicionado e ilimitado juridicamente. No entanto, em se tratando de manifestação do poder constituinte derivado reformador, em virtude do limite material da cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da CF/1988, entendemos que os direitos adquiridos deverão ser preservados.[112] Não se pode confundir "direito adquirido" com mera

---

[110] NERY JR., Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal.*

[111] "O respeito ao direito adquirido, com a consequente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste" (POPP, Carlyle: *A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos*).

[112] "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título" (art. 17, caput, do ADCT). Assim, entendemos que a Reforma da Previdência feriu o direito adquirido ao estabelecer contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e ao mudar as regras de transição de aposentadoria dos ocupantes de cargos efetivos que entraram no serviço público até 1998. No

"expectativa de direito". Celso de Mello fala, de maneira interessante, em "ciclos de formação": "a questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e Constituição do direito vindicado – constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 – RTJ 153/1982 – RTJ 155/19621 – RTJ 162/442, v.g.), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera "*spes juris*", a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido" (RE 322.348-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, em várias oportunidades, consolidou-se a jurisprudência do STF pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico instituído por Lei para os funcionários públicos (ADI 255/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2003; RE 368.715/MS – AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2003; RE 340.896/SC, Moreira Alves, DJ de 2002; RE 346.655/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 2002).

O STF entendeu perfeitamente possível que a Lei traga novas regras e preserve a mera expectativa de direito em benefício de cidadãos, por exemplo, o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 200/1974–SP, que, ao revogar a legislação que concedia benefício de complementação de aposentadoria, ressalvou os direitos dos empregados admitidos até a data de sua vigência. Nesse sentido, a S. 654/STF: "a garantia da irretroatividade, da Lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado".

Lembramos, ainda, no tocante ao direito penal, do princípio da retroatividade, da Lei mais benéfica, previsto no art. 5º, XL, da CF/1988.

No que tange ao ato jurídico perfeito, destacamos a Súmula Vinculante 1: "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela LC nº 110/2001.

Assim, os acordos feitos com base na LC nº 110/2001 estão mantidos (tendo em vista o princípio constitucional do ato jurídico perfeito), não se podendo presumir, para todos os casos, aplicando-se regra em abstrato, que tenha havido vício de consentimento em algum dos elementos formadores da vontade do trabalhador comum ao assinar o acordo com a Constituição Federal em relação aos expurgos inflacionários do FGTS.[113]

---

entanto, o STF, por 7 votos a 4, considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no art. 4º, da EC nº 41/2003, mas desde que incidente somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no art. 5º, da EC nº 41/2003 (cf. Inf. 357/STF).

[113] O art. 4º, da LC nº 110/2001, autoriza, em caso de adesão facultativa do trabalhador ao termo de adesão (acordo) firmado com a Constituição Estadual, o crédito, nas contas vinculadas do FGTS, do percentual de 16,64% equivalente ao período de 1988 a 1989 e do percentual de 44,80% equivalente a 1990. De modo

Finalmente (cf. item 6.7.1.17.4.4), analisando o instituto da coisa julgada, em situação excepcionalíssima, o STF afastou a alegação de segurança jurídica (coisa julgada) para fazer valer o direito fundamental de que toda pessoa tem de conhecer as suas origens ("princípio" da busca da identidade genética), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA.

A decisão foi tomada, em 2011, por 7 x 2, no julgamento do RE 363.889, concedendo à recorrente o direito de, depois de mais de 10 anos, voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA, tendo em vista que, na primeira decisão, muito embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as custas para realização do exame genético e o Estado se recusou em implementá-la, caracterizando-se, então, circunstâncias alheias à sua vontade (no referido item, cf. discussões envolvendo a decisão proferida pela 3ª T. do STJ, no julgamento do REsp 1.562.239/MS, em 2017, que inadmitiu a desconstituição da coisa em razão de a recusa ter sido injustificada, caracterizando conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva).

14.10.23 Princípio do promotor natural (art. 5º, LIII, da CF/1988)

Já foi visto neste estudo que o acusado tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores *ad hoc* ou por encomenda (art. 5º, LIII, e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2º, da CF/1988).

O STF aceitou a ideia de promotor natural no julgamento do HC 67.759 (*leading case*). Para aprofundamento, remetemos o nosso querido leitor para o item 12.2.6 da presente obra.

14.10.24 Princípio do juiz natural ou legal (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988)

A Constituição estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Segundo a doutrina, "o conteúdo jurídico do princípio pode ser resumido na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais para casos determinados. Na verdade, o princípio em estudo é um desdobramento da regra da igualdade.

---

geral, contudo, há várias decisões judiciais que fixaram para 1989 o percentual de 42,72%. Assim, o objetivo dos trabalhadores era conseguir a diferença entre o percentual do acordo (administrativo) e o que vem sendo fixado por quem fez a opção pela via judicial (cf. Enunciado nº 21 das T. Recursais dos Juizados Especiais Federais). Entretanto, como visto, sem a análise do caso concreto, não se pode simplesmente desconsiderar o acordo, sob pena de violar, entre outros, o princípio do ato jurídico perfeito. Sobre o assunto, vide Inf. 381/STF.

Nesse sentido Pontes de Miranda aponta que a "proibição dos tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, garantia constitucional: é direito ao juízo legal comum", indicando vedação à discriminação de pessoas ou casos para efeito de submissão a juízo ou tribunal que não o recorrente por todos os indivíduos".[114]

Nery, em interessante estudo, caracteriza a garantia do juiz natural como tridimensional:

• "não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção;

• todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma, da Lei;

• o juiz competente tem de ser imparcial".[115]

Assim, o que se veda é a designação ou criação, por deliberação legislativa ou outra, de tribunal (de exceção) para julgar, através de processo (civil, penal ou administrativo), determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência de tribunal,[116] não abrangendo na aludida proibição a Justiça especializada, nem tampouco tribunais de ética, como o da OAB, cujas decisões administrativas (disciplinares) poderão ser revistas pelo Judiciário.

Acrescentamos, ainda, que a prerrogativa de foro não afronta o princípio do juiz natural ou legal (*gesetzlicher Richter*). No mesmo sentido, nas hipóteses de competência relativa, por convenção das partes e dentro dos limites legais, não há nenhuma vedação em relação aos foros de eleição. Conforme vimos (item 14.10.21), também não se caracteriza nenhuma violação ao princípio do juiz natural a instituição do juízo arbitral.

Outro ponto bastante polêmico, especialmente depois de terem sido fixadas metas de julgamento em razão da Reforma do Judiciário, tem sido a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em Tribunal.

A argumentação de afronta ao princípio do juiz natural é bem razoável e consistente (cf. art. 93, III, art. 94 e art. 98, I, da CF/1988), mas o STF, diante da ideia de efetividade e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), nessa ponderação de valores, vem fazendo prestigiar a agilidade, até porque, segundo analisado, as convocações estão sendo feitas com base em Lei (cf. item 11.9 e Inf. 581/STF – HC 96.821, Rel. Min. Lewandowski, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

Com o justo objetivo de garantir a segurança dos magistrados, resta alertar sobre a inconveniência e inconstitucionalidade de adoção da figura do "juiz sem rosto", motivada, à época da discussão, pela onda de violência e assassinatos de juízes das execuções criminais

---

[114] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional.*
[115] NERY JR., Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal.*
[116] *Ibidi.*

de São Paulo e Espírito Santo, defendendo a omissão dos nomes dos juízes durante a tramitação do processo e na sentença.

Com todo o respeito, a figura do "juiz sem rosto" implica inconteste afronta à garantia do juiz natural, direito fundamental consagrado no Estado Democrático de Direito.[117]

Por fim, destacamos a importante novidade introduzida pela EC nº 45/2004 ao estabelecer que "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão" (art. 5º, § 4º, da CF/1988).

A nova regra, sem dúvida, surge em total consonância e em fortalecimento ao princípio do juiz natural.

Consoante assinalou Luiz Flávio Gomes, "o TPI terá uma grande vantagem em relação aos atuais Tribunais (*ad hoc*) criados pelo Conselho de Segurança da ONU, que é constituído de quinze membros (15 países, dos 189 que a integram). Terá legitimidade, força moral e poder jurídico, o que não ocorre hoje com os Tribunais em funcionamento que estão julgando os crimes ocorridos na antiga Iugoslávia, Ruanda etc. Esses Tribunais satisfazem o senso de justiça, sinalizam oposição clara às arbitrariedades e atrocidades cometidas em praticamente todo o planeta, porém, não são Cortes predeterminadas em Lei nem constituídas previamente (viola-se, assim, o princípio do juiz natural). A criação do TPI, dessa forma, significa respeito à garantia do princípio do juiz natural, que possui duas dimensões: a) juiz previamente previsto em Lei ou Constituição (juiz competente); b) proibição de juízos ou tribunais de exceção, isto é, *ad hoc* (cf. art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988)".[118]

14.10.25 Tribunal Penal Internacional – "TPI" (art. 5º, § 4º, da CF/1988 – EC nº 45/2004)

Como acabamos de assinalar, a Reforma do Judiciário estabeleceu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.[119]

Já dispunha o art. 7º, do ADCT, da CF/1988 que o Brasil lutaria em defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

---

[117] Conforme lembra Alexandre de Moraes, em audiência com o Ministro Marco Aurélio do STF, "... há uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos entendendo a medida como inconstitucional quando foi adotada pelo governo do Peru. E a ideia não é possível porque não identifica a pessoa ou o órgão julgador". Renato Nalini, presente à referida audiência, também se mostrou contra a técnica do "juiz sem rosto". "A ideia, segundo Nalini, não é compatível com nada do que o direito brasileiro produziu até o momento. "Temos é que equipar o Estado e tranquilizar o juiz para que ele continue a decidir de acordo com a Lei, a Constituição e a sua consciência"" (Notícias STF, 2003).

[118] GOMES, Luiz Flávio: *Está nascendo o primeiro tribunal penal internacional*, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 56, abr. 2002, disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2920, acesso em: 2 fev. 2005. Para uma profunda crítica, inclusive em relação à inconstitucionalidade, da EC nº 45/2004 nesse ponto, cf.: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

[119] Cf. o site do "TPI": http://www.icc-cpi.int/.

O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado em 1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do DL nº 112/2002, promulgado, em 2002, pelo Decreto presidencial nº 4.388. A carta de ratificação fora depositada em 2002, entrando em vigor em 2002. Para o Brasil, internacionalmente (art. 126, da CF/1988), passou a vigorar em 2002.

O "TPI" será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (fixados nos termos do Estatuto), e será complementar às jurisdições penais nacionais (art. 1º do Estatuto).

Consagra-se, dessa forma, o princípio da complementaridade, preservando-se o sistema jurídico interno, na medida em que o "TPI" só exercerá jurisdição em caso de incapacidade ou omissão dos Estados.

Em respeito à soberania nacional (art. 1º, I, da CF/1988), há sérias dúvidas sobre a aplicação, por exemplo, do art. 77, 1, "b", do Estatuto, que prevê a prisão perpétua, em contraposição ao art. 5º, XLVII, "b", da CF/1988. Se nem mesmo por emenda constitucional se poderia instituir a pena de caráter perpétuo (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), o que dizer por tratado sobre direitos humanos que terá, no máximo, a teor do art. 5º, § 3º, da CF/1988, equivalência às emendas se aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros?[120]

Outros vários pontos polêmicos precisam ser resolvidos pelo STF, como a previsão de reexame de questões já decididas pelo TPI (art. 17 do Estatuto de Roma), em afronta à coisa julgada, direito fundamental previsto na CF/1988.

Outrossim, a distinção que deve ser feita entre extradição e entrega (surrender) ao TPI.

Em nosso entender, existiriam, basicamente, 3 jurisdições: a) a brasileira, cujos órgãos estão previstos no art. 92, da CF/1988; b) a do TPI em relação à qual o Brasil a ela se submete; e c) a de Tribunais estrangeiros, cujas decisões deverão passar por um processo de homologação da sentença, já que estrangeira, e concessão de exequatur às cartas rogatórias.

Esse processo de homologação não deverá ser observado em relação às decisões do TPI, porque o Brasil a elas se submete. Ainda, a entrega de brasileiro ou estrangeiro para o TPI não seguirá o mesmo procedimento da extradição, pois a entrega será para julgamento em Tribunal a cuja jurisdição o Brasil se submete.

Contudo, alguns limites deverão existir, como a questão da comutação da pena, não se admitindo, por exemplo, a prisão perpétua etc., tema a ser resolvido pelo STF na Pet 4.625,

---

[120] Pelo afastamento da prisão perpétua, cf. BECHARA, Fábio Ramazzini: *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2003, disponível em: http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Sobre a relativa aceitação de outros tribunais internacionais (que não de natureza criminal), na medida em que, pela EC nº 45/2004, haveria "... a presunção de que a submissão à jurisdição a qualquer Corte judiciária internacional tenha que necessariamente decorrer de disposição da Constituição...", como expresso no art. 5º, § 4º, da CF/1988, cf. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário*.

interposta pelo TPI em 2009, e que requer a eventual prisão e entrega do Presidente do Sudão, caso ele entre no território brasileiro, acusado de ter cometido crimes contra a humanidade e de guerra.[121]

De acordo com o art. 3º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião"), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente e nos termos do Estatuto.

O art. 86, do Estatuto, consagra o princípio da cooperação na medida em que os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Por fim, cabe destacar que a competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetem a comunidade internacional no seu conjunto.

O art. 5º, do Estatuto, estabelece que o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- de genocídio;
- contra a humanidade;
- de guerra;
- de agressão.

O tema deverá ser aprofundado em compêndios de direitos humanos e em obras de direito penal e processual penal, imaginando os questionamentos nos concursos estarem mais nessas áreas do que na constitucional.

14.10.26 Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e § 5º, da CF/1988 – EC nº 45/2004) – Incidente de Deslocamento de Competência – IDC

Como sabemos, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/1988), que, em suas relações internacionais, rege-se, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VIII e IX, da CF/1988).

Os direitos da pessoa humana, nos termos do art. 34, VII, "b", da CF/1988, foram erigidos a princípios sensíveis, a ensejar até mesmo a intervenção federal nos Estados que os estiverem violando.

Outrossim, nos termos do art. 21, I, da CF/1988, a União é que se responsabiliza, em nome da República Federativa do Brasil, pelas regras e preceitos fixados nos tratados

[121] Leia a interessante íntegra do voto do Min. Celso de Mello em Notícias STF, 2009.

internacionais. Assim, na hipótese de descumprimento e afronta a direitos humanos no território brasileiro, a única e exclusiva responsável, no plano internacional, será a União, não podendo invocar a cláusula federativa, nem mesmo "lavar as mãos" dizendo ser problema do Estado ou do Município. Isso não é aceito no âmbito internacional.

Acontece que, na maioria dos casos, antes da Reforma do Judiciário, a União não tinha competência para apurar, processar e julgar tais crimes.

Essa problemática foi muito bem apontada pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, que apresentou importantes sugestões aos membros da Comissão de Reforma, após avaliar o relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira.

Conforme sugerido pela ANPR, "... é a União, na qualidade de ente federado com personalidade jurídica na esfera internacional, que tem o poder de contrair obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a ratificação de tratados. Consequentemente, a sistemática de monitoramento e fiscalização de tais obrigações recai na pessoa jurídica da União. Deste modo, por coerência, há de caber à União a responsabilidade para apurar, processar e julgar casos de violação de direitos humanos, uma vez que, por comandos internacionais, obrigou-se a fazer valerem tais direitos em todo o território nacional. Daí a imperiosidade de se atribuir à Justiça Federal competência para o julgamento das violações mais sérias aos direitos humanos".[122]

Adequando o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a EC nº 45/2004 fez a seguinte previsão:

"Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar: V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal" (original sem grifos).

Segundo o STJ (na decisão proferida no IDC 2), o deslocamento da competência do juízo estadual para o federal vai depender do preenchimento dos seguintes pressupostos:

• existência de grave violação a direitos humanos;

• risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais;

• incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

Ainda, conforme ficou anotado na ementa do acórdão do IDC 5, "o incidente de deslocamento de competência não pode ter o caráter de *prima ratio*, de primeira providência

---

[122] Boletim dos Procuradores da República, nº 14/1999.

a ser tomada em relação a um fato (por mais grave que seja). Deve ser utilizado em situações excepcionalíssimas, em que efetivamente demonstrada a sua necessidade e a sua imprescindibilidade, ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições – ou de uma ou outra delas – responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal".

Dessa forma, a fixação da competência da Justiça Federal parece-nos muito bem-vinda e acertada. O grande problema está no procedimento de deslocamento de competência da Justiça Estadual (ou Distrital) para a Federal.

Perceba-se que isso acontecerá somente se o PGR, e exclusivamente ele, conseguir demonstrar que no âmbito Estadual ou Distrital está havendo descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte e, por consequência, grave violação de direitos humanos. Mas o que é grave violação de direitos humanos? E mais, sabendo que se trata de incidente de deslocamento de competência, nitidamente será fixado o Tribunal após a ocorrência do fato, em desrespeito ao princípio do juiz natural, já estudado (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988).

Nesse sentido, uma outra redação, vaga e indeterminada, ainda em tramitação na Câmara (que pode ser aqui aproveitada), já tinha sido objeto de críticas do Deputado Jarbas Lima: "a norma proposta rompe, nesse passo, com a melhor tradição democrática de nossas cartas constitucionais, cria insegurança jurídica e, o que é mais grave, consagra juízos de exceção na medida em que atribui a determinada autoridade ou órgão, de forma discricionária, a escolha do juízo ou tribunal para, caso a caso, julgar um ou mais processos dados".[123]

No Relatório já citado, a ANPR assim se manifestou: "tal indeterminação de critérios para o deslocamento de competência, e, no mínimo, as candentes dúvidas quanto à constitucionalidade da proposta (à luz do art. 5º, XXXVII e LIII c/c o art. 60, § 4º, IV, da CF/1988) trazem a probabilidade de que, se aprovada tal proposta, a CF será, no tocante a essa matéria, alterada inocuamente, perdendo-se uma oportunidade ímpar de o Brasil adotar uma solução mais efetiva para o gravíssimo quadro de desrespeito sistemático aos direitos humanos".[124]

---

[123] Trata-se de proposta original do Executivo que, como se sabe, foi modificada por meio do Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes, que deu a redação final que ora se critica. O texto modificado acrescentava dois incisos ao art. 109, da CF/1988, nos seguintes termos: "Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar: XII – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos; XIII – as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse".

[124] Boletim dos Procuradores da República, nº 14/1999, in Boletim dos Procuradores da República, nº 14/1999.

Em referido relatório, levando em consideração as diversas convenções sobre direitos humanos de que o País já é parte, destacando, ainda, o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos,[125] a aludida Associação chegou a propor uma nova redação, definindo, previamente, o que entenderia por hipóteses de grave violação de direitos humanos e, também, permitindo que a Lei Ordinária, no futuro, em face de novas convenções que viessem a ser celebradas, estabelecesse outras hipóteses de crimes contra direitos humanos. Haveria, dessa forma, total respeito ao juiz natural.

Apenas para exemplificar, o que poderá servir de norte para a interpretação dos estudiosos, foram considerados, pela ANPR, crimes contra direitos humanos os seguintes delitos:

• tortura;

• homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio;

• crimes praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes;

• homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva;

• uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de crianças e adolescentes, em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Tirando todos esses detalhes e desde que o STF não conteste a constitucionalidade da nova regra, concordamos inteiramente com Piovesan nos seguintes termos: "para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas ou omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que:

• assegurará maior proteção à vítima;

• estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros;

• gerará a expectativa de resposta efetiva das instituições federais;

• se ambas as instituições – estadual/federal – mostrarem-se falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional). Isto

[125] Pelo Decreto nº 678/1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica/1969). O Congresso Nacional, por seu turno, aprovou, pelo DL nº 89/1998, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62, do Pacto de São José da Costa Rica/1969. A Declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria-Geral da OEA em 1998. Por tudo isso, o Decreto nº 4.463/2002, reconheceu como obrigatória, de Plenário direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 1998.

equacionará, ademais, a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos".[126]

Finalmente, informamos (até o fechamento desta edição), os julgamentos de mérito dos IDCs nº 1 (negado), 2 (acolhido), 3 (acolhido em parte) e 5 (acolhido):

• IDC 1–PA – assassinato de Dorothy Stang: superando a preliminar que discutia a constitucionalidade da nova regra, a 3ª Seção do STJ "... indeferiu o pedido no incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal do processo e julgamento do crime de assassinato da religiosa Irmã Dorothy Stang, ocorrido em Anapu-PA, por considerar descabível a avocatória ante a equivocada presunção vinculada, mormente pela mídia, de haver, por parte dos órgãos institucionais da segurança e judiciário do Estado do Pará, omissão ou inércia na condução das investigações do crime e sua efetiva punição pela grave violação dos direitos humanos, em prejuízo ao princípio da autonomia federativa (EC nº 45/2004)" (3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 2005, DJ de 2005);

• IDC 2–DF – assassinato de Manoel Bezerra de Mattos Neto: "... o advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto foi assassinado em 2009, no Município de Pitimbu–PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé". No caso concreto, o STJ entendeu preenchidos os requisitos para o deslocamento, especialmente a omissão e "incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas". Assim, determinou o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba, devendo a ação ser distribuída ao Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal (3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 2010 – DJE de 2010);

• IDC 3–GO – suspeita de atuação, em Goiânia, de grupo de extermínio com a suposta participação de policiais militares na prática dos crimes de homicídio e de tortura: o STJ determinou o deslocamento de competência para a Justiça Federal de dois inquéritos policiais e de um procedimento inquisitivo envolvendo policiais militares que teriam supostamente cometido graves violações aos direitos humanos no estado de Goiás. Assim, "o Colegiado determinou a transferência imediata à Polícia Federal, sob a fiscalização do Ministério Público Federal e sob a jurisdição do juízo federal criminal, do inquérito policial envolvendo o desaparecimento de Célio Roberto; do procedimento inquisitivo que trata do crime de tortura contra Michel Rodrigues da Silva; e do inquérito policial que apura o desaparecimento de Pedro Nunes da Silva e Cleiton Rodrigues" (Notícias STJ de 2014) (3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 2014, DJE de 2015);

---

[126] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário.*

• IDC 5–PE – morte do promotor Thiago Faria Soares: de acordo com os itens 8 e 9 da ementa, há "indicativos de que o assassinato provavelmente resultou da ação de grupos de extermínio que atuam no interior do Estado de Pernambuco (como tantos outros que ocorreram na região conhecida como "Triângulo da Pistolagem", situada no agreste pernambucano), bem como ao certo e notório conflito institucional que se instalou, inarredavelmente, entre os órgãos envolvidos com a investigação e a persecução penal dos ainda não identificados autores do crime noticiado. A falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público estadual ensejou um conjunto de falhas na investigação criminal que arrisca comprometer o resultado final da persecução penal, com possibilidade, inclusive, de gerar a impunidade dos mandantes e dos executores do citado crime de homicídio" (3ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 2014, DJE de 2014).

14.10.27 Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CF/1988)

A CF/1988 reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurando: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Essa regra de competência, contudo, não é absoluta. Isso porque, sempre que houver instituição de competência especial por prerrogativa de função no texto da CF/1988, haverá afastamento da norma geral. É o que acontece nos art. 29, X, da CF/1988 (Prefeito julgado pelo TJ), art. 96, III (Juízes e Promotores – TJ), art. 102, I, "b" e "c" (o crime comum engloba o crime doloso contra a vida), art.105, I, "a" e art.108, I, da CF/1988.

Fazemos, então, amigo, "guerreiro" que se prepara para os "concursos da vida", uma pergunta: será que a Constituição de um Estado pode retirar competência do Tribunal do Júri na hipótese de prática de crime doloso contra a vida fora das exceções previstas na própria Constituição Fedral? Ou seja, será que a Constituição de um Estado pode atribuir, por exemplo, competência para o TJ julgar Vereador pela prática de crime doloso contra a vida (homicídio), sabendo que a Constituição Federal não traz essa exceção à regra geral do art. 5º, XXXVIII, da CF/1988? A resposta é negativa, e o STF já pacificou o entendimento no enunciado da S. 721, convertida na SV 45 (j. 2015), nos seguintes termos: "a competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

Caso o crime doloso contra a vida tenha sido praticado em coautoria, tendo um dos réus foro por prerrogativa de função e o outro não, haverá separação dos processos; aquele que não tem a prerrogativa, certamente, deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri.

14.10.28 Segurança jurídica em matéria criminal (art. 5º, XXXIX a LXVII, da CF/1988) e a teoria dos mandados expressos de criminalização à luz dos direitos fundamentais

Nesta parte do trabalho limitamo-nos a transcrever os direitos previstos, de maneira sistematizada, na medida em que o questionamento, em maior profundidade, aparece nas provas de direito penal e direito processual penal; remetemos, pois, os candidatos para os livros especializados nesses assuntos.

No tocante à matéria criminal, destacamos a importante criação, no âmbito do STF, de um Núcleo de Acompanhamento de Ações Penais originárias.

Segundo Gilmar Mendes, a ideia "... é exatamente evitar que exista demora na tramitação dos processos, principalmente nas fases em que são "utilizados" juízes federais para auxiliar na instrução do processo, ouvindo réus e testemunhas. A ação penal do mensalão foi um exemplo disso, salientou. Houve um acompanhamento rigoroso, e os interrogatórios acabaram acontecendo de forma bastante célere, lembrou" (Notícias STF, 2008).

Nessa linha, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves procura, em vez de caminhar para uma proposta muitas vezes de abolição penal e que poderíamos chamar de direito penal mínimo, ou, no extremo oposto, acolher a ideia de um direito penal máximo, o faz dentro de uma perspectiva moderna e "antenado" com a ideia de uma Constituição Social, desenvolvendo a tendência para o direito penal proporcional.

Em suas conclusões, observa o autor que "entre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o uso proporcional do Direito Penal: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para sua proteção. Esta transposição não foi retilínea, nem está acabada. A busca por um Direito Penal Proporcional, que não descure das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixe à míngua vítimas de graves ofensas a direitos, é incessante. O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado".[127]

14.10.28.1 Legalidade e anterioridade, da Lei penal incriminadora. Irretroatividade, da Lei penal "*in pejus*" (art. 5º, XXXIX e XL, da CF/1988)

[127] GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos: *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.*

O art. 5º, XXXIX, da CF/1988, consagra a regra do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (não há crime nem pena sem lei prévia). Assim, de uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem Lei que o defina, nem pena sem cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Por sua vez, a regra do art. 5º, XL, da CF/1988, consagra, duplamente, a:

A) Irretroatividade, da Lei penal *in pejus*.

Para se ter um exemplo importante da regra da irretroatividade, da Lei penal menos benéfica, o STF discutia a constitucionalidade do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos que, em sua redação original, determinava o cumprimento da pena integralmente no regime fechado.

Em um caso concreto (HC 82.959), entendeu que a proibição da progressão violaria o princípio da individualização da pena, garantido no art. 5º, XLVI, da CF/1988.

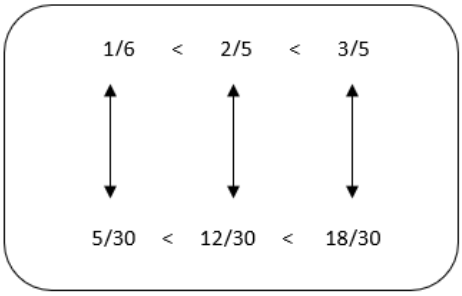
O STF passou, então, a admitir a progressão, aplicando a Lei de Execuções Penais (antes de sua alteração pelo Pacote Anticrime), desde que, entre outros requisitos, fosse cumprido pelo menos 1/6 da pena ("até que norma legal específica venha a ser editada. Norma que, agora sim, cuide de forma particularizada o tema da progressão no regime de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo. Isto, lógico, desde que também sejam preenchidos os requisitos subjetivos que a própria Lei já estabelece, o que será analisado, *in concreto*, pelo Juízo da execução" – voto do Min. Carlos Britto).

Posteriormente, a Lei nº 11.464/2007, norma legal específica, alterou o art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos e passou a exigir o requisito temporal de 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente (lembrando que, em momento seguinte, a Lei nº 13.709/2018 estabeleceu uma progressão especial no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, devendo ser observados, cumulativamente, os requisitos do art. 112, § 3º, da LEP, dentre os quais o cumprimento de ao menos 1/8 da pena no regime anterior e o Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019 alterou profundamente a questão da progressão ao dar nova redação ao art. 112, da LEP).

Voltando ao caso em análise, naquele momento (antes das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime), a dúvida consistia em saber se deveria ser aplicada a Lei de Crimes Hediondos (1/6) ou a *novatio legis* (2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente). A resposta vai depender do momento em que o crime foi praticado e se já vigorava ou não a nova lei. Assim, se o crime foi praticado antes, da Lei nº 11.464/2007, aplica-se 1/6, já que a *novatio legis* se implementou *in pejus*. Se, porém, o crime foi praticado já na vigência da nova lei, aplica-se 2/5 ou 3/5.

Isso porque, 1/6 é menor que 2/5, que é menor que 3/5 e, então, a nova Lei sobreveio de forma menos benéfica (como se percebe, trata-se de tese interessante a ser adotada nas provas da defensoria pública).

Apenas para compreender bem a análise "matemática" (e aqui eu falo com os ilustres leitores que não gostam muito das "exatas" – porque sei que engenheiros, contadores e tantos "guerreiros" das áreas "não jurídicas" estão lendo o trabalho – o que muito me honra), vou socorrer-me do "MMC" e, assim, comparar as frações sob um múltiplo comum. Vejamos:



Destacamos a SV 26/2009, transcrita abaixo e que passa a ser um interessante exemplo prático para a aplicação do princípio da irretroatividade, da Lei menos benéfica:

"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Cabe lembrar que o entendimento acima exposto foi consagrado na S. 471/STJ: "os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência, da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112, da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional", bem como em diversos precedentes do STF, como no RE 579.167–AC (j. 2013).

Em momento seguinte, o STF declarou, incidentalmente, com efeito *ex nunc*, a inconstitucionalidade da regra fixada pela Lei nº 11.464/2007 ao art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos.

Vamos lembrar como era a redação original e como ficou com a nova lei:

REDAÇÃO ORIGINAL, DA LEI Nº 8.072/1990	**REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.464/2007**
"Art. 2º, § 1º A pena por crime previsto neste art. será cumprida integralmente em regime fechado".	"Art. 2º, § 1º A pena por crime previsto neste art. será cumprida inicialmente em regime fechado".

Ou seja, o STF, ao enfrentar o tema, decidiu que a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, fora das regras do Código Penal, é inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988). A definição do regime inicial de cumprimento de pena deve ser justificada e declarada pelo magistrado em cada

caso concreto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado (art. 33 c/c o art. 59, do CP).

Esse entendimento foi firmado no julgamento do HC 111.840 (j. 2012, Plenário) e em outros precedentes (no mesmo sentido, cf. HC 113.442, j. 2013, 2ª T., HC 107.084, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2013, 2ª T., DJE de 2013).

Finalmente, o STF consolidou esse entendimento no julgamento do ARE 1.052.700, estabelecendo a seguinte tese: "É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do CP" (j. 2017, DJE de 2018).

E quais foram as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019)?

Em inegável reação legislativa à jurisprudência da Corte, que não admite a fixação de regime de cumprimento de pena inicial fechado *ex lege* e de forma abstrata, o Pacote Anticrime criou hipótese de início de cumprimento de pena em regime fechado e, para piorar, em regime prisional de segurança máxima, havendo situação em que se proibiu, inclusive, a progressão. Vejamos:

Art. 14 do Pacote: "A Lei nº 12.850/ 2013 (define organização criminosa), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 2º, § 8º – As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima (cf. Lei nº 11.671/2008, com as alterações trazidas pelo Pacote); § 9º – O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo." (NR)

Ainda estamos meditando sobre o assunto, mas entendemos, em um primeiro momento, que haveria violação ao princípio da individualização da pena nessa previsão genérica e abstrata (vamos aguardar a evolução do tema – pendente).

Finalmente, deixamos registrada a necessidade de se saber a nova forma de progressão prevista no art. 112 da LEP.

B) Retroatividade, da Lei penal mais benéfica

Agora, passamos a analisar a segunda hipótese, qual seja, a regra da retroatividade, da Lei penal mais benéfica.

Como se sabe, a Lei nº 12.015/2009, ao modificar os art. 213 e art. 214 do CP, deixou de fazer distinção entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, unificando os dois crimes no art. 213, podendo, assim, o estupro, na nova regra, ser praticado por homem ou mulher (crime comum).

Em suma, o estupro está caracterizado na hipótese de se constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Não se trata de *abolitio criminis*, porque as condutas do crime de atentado violento ao pudor, apesar de revogado o art. 214 do CP, continuam previstas no crime de estupro (agora no art. 213 do CP). A conduta, portanto, continua sendo punida.

Contudo, o STF vem aceitando a tese da continuidade delitiva por ter a nova Lei unificado os art. 213 e art. 214 do CP em um mesmo tipo e, assim, vale a nova regra já que mais benéfica. Nesse sentido:

"EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência, da Lei nº 12.015/2009. Retroatividade, da Lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da CF/1988. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição, da Lei nº 12.015/2009 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima" (HC 86.110, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2010, 2ª T., DJE de 2010).[128]

14.10.28.2 Práticas discriminatórias, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLI ao XLIV, da CF/1988)

• discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais: será punida pela lei;

• prática do racismo: crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos, da Lei;

• crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia:[129] prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo[130] e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

---

[128] No mesmo sentido: HC 102.199, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2010, 2ª T. DJE de 2010; HC 96.818, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010, 2ª T. DJE de 2010; HC 102.355, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, 1ª T. DJE de 2010.

[129] Cf., no item 21.4.2, aprofundamento destacando o entendimento do STF no sentido de ter o novo ordenamento recepcionado a Lei nº 6.683/1979, a chamada "Lei de Anistia" (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

[130] A Lei nº 13.260/2016 regulamenta o disposto no art. 5º, XLIII, da CF/1988, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. De acordo com o art. 2º, da Lei nº 13.260/2016, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos no referido artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

• crime inafiançável e imprescritível: ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

As regras constitucionais acima expostas deverão ser estudadas nos livros de direito penal e direito processual penal, destacando-se as novidades introduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Fazemos, contudo, destaque para o julgamento da ADO 26 em conjunto com o MI 4.733, pelos quais o STF reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem o art. 5º, XLI e XLII, da CF/1988, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT, fixando a seguinte tese:

"Até que sobrevenha Lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos no art. 5º, s XLI e XLII, da CF/1988 , as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP)" (j. 2019, pendente a publicação do acórdão).

Muito embora a decisão da criminalização das condutas decorra de interpretação conforme à Constituição, "em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos noart. 5º XLI e XLII, da CF/1988, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional", parece-nos que estaria sendo criado um novo tipo penal e, por isso, a dificuldade de se sustentar, apesar da maioria formada de oito Ministros, a observância ao princípio da estrita legalidade penal já estudado (art. 5º, XXXIX, da CF/1988). Essa nossa crítica deve ser mantida, mesmo que se esteja diante de interpretação conforme, pois, no caso, pensamos que o STF "legislou" criando um novo tipo penal.

Aguarda-se a publicação da ata de julgamento, assim como do acórdão (pendente) com a eventual interposição de embargos declaratórios para se discutir a modulação dos efeitos da decisão. Pensamos que, superada a nossa visão sobre a reserva legal, afinal foram oito Ministros nesse sentido, ao menos seja observada a garantia constitucional da irretroatividade, da Lei penal (art. 5º, XL – "a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"), especialmente porque a criminalização decorreu de ativismo judicial a suprir a declarada omissão normativa (inconstitucional) do Congresso Nacional, que não implementou "a prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que

se referem o art. 5º, XLI e XLII, da CF/1988, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT".

14.10.28.3 Regras constitucionais sobre as penas (art. 5º, XLV ao XLVIII, da CF/1988)

• a pena é personalíssima: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos, da Lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

• tipos de pena: a Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

• vedação das penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/1988; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

No tocante à proibição de pena de caráter perpétuo, o art. 75 do CP prescreve que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos. Trata-se de redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que aumentou o tempo máximo de 30 para 40 anos.

Segundo afirmou o Min. Alexandre de Moraes, que presidiu a Comissão de Notáveis instituída para elaborar proposta legislativa de "combate à criminalidade organizada, em especial relacionada ao combate ao tráfico de drogas e armas" (Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, de 2017), conforme consta da Justificação do Projeto de Lei nº 10.372/2018-CD, "impõe-se a atualização do limite máximo de cumprimento das penas à atual expectativa de vida dos brasileiros, muito superior àquela existente quando promulgado o Código Penal, que estabeleceu o prazo máximo de cumprimento em trinta anos (art. 55 da redação original e art. 75 da atual Parte Geral, com a redação determinada pela Lei nº 7.209/1984). De fato, segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 1940 a 2016, a expectativa de vida cresceu exponencialmente, passando de 45,5 anos para 75,8 anos (Tabela 2 da Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2016 – disponível do site oficial do IBGE)".

• cumprimento da pena: em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Como desdobramento da regra constitucional, destacamos o art. 21, da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), que prescreve o seguinte crime: "manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento".

14.10.28.4 Direitos assegurados aos presos (art. 5º, XLIX, L, LXII, LXIII e LXIV, da CF/1988)

• respeito à integridade física e moral: se a disposição contida no art. 5º, III, da CF/1988 ("ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"), tem um sentido geral, o direito previsto no art. 5º, XLIX, da CF/1988, tem um destinatário certo e específico, no caso, o preso. Isso posto, passamos a ilustrar o tema destacando três importantes decisões.

No julgamento do RE 841.526, com repercussão geral (j. 2016, Plenário, DJE de 2016), o STF firmou a seguinte tese: "em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF/1988, o Estado é responsável pela morte de detento". Neste caso, deverá haver, naturalmente, a demonstração de nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão do Estado. Conforme anotou o Min. Fux na ementa do acórdão, afastando a "teoria do risco integral", "o dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do art. 37, § 6º, da CF/1988". Assim, exemplificando, poderá haver responsabilidade do Estado inclusive no caso de suicídio de preso sob sua custódia, desde que se demonstre que o detento já havia tentado se suicidar outras vezes e/ou que vinha praticando atos que sinalizavam um comportamento suicida, tornando, então, o evento previsível e com a necessidade de atuação estatal.

Outro importante julgado foi o RE 592.581, no qual o pleno do STF, apreciando o tema 220 da repercussão geral, assentou a seguinte tese: "é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF/1988, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes" (j. 2015, DJE de 2016).

Finalmente, o Plenário, apreciando o tema 365 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/1988, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento" (RE 580.252, j. 2017).

Assim, de maneira bastante interessante, a Corte entendeu que, não sendo assegurado o mínimo existencial, não se poderia sustentar a aplicação da cláusula da reserva financeira do possível para o Estado deixar de indenizar.

A pretensão de obter dano moral decorrente da excessiva população carcerária e da falta de condições mínimas de saúde e higiene verificada nos presídios do Estado de Mato Grosso do Sul sustentou-se na inequívoca demonstração "da precariedade do sistema penitenciário estadual, que lesou direitos fundamentais do recorrente, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica" (Inf. 854/STF).[131]

• presidiárias: garantia de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

• comunicação imediata da prisão e o local onde se encontre: ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

• informação ao preso de seus direitos: dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

• identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

14.10.28.5 Regras sobre extradição (art. 5º, LI e LII, da CF/1988)

• brasileiro nato: nunca será extraditado;

• brasileiro naturalizado: será extraditado: a) em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou b) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma, da Lei, praticado antes ou depois da naturalização;

• estrangeiros: poderão ser extraditados, exceto em caso de crime político ou de opinião.

Remetemos o nosso ilustre leitor para o capítulo 16, no qual fazemos estudo aprofundado dos institutos em análise, diferenciando-os de asilo político, expulsão, deportação e banimento.

---

[131] Os Mins. Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, vencidos, adotaram a remição de pena como forma de indenização. A tese proposta pelo Min. Barroso foi a seguinte (lembrando que prevaleceu na Corte o reconhecimento da indenização em dinheiro.): "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de um dia de pena por cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o juízo da execução penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente".

14.10.28.6 Presunção de inocência (não culpabilidade) (art. 5º, LVII, da CF/1988). Análise da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Nesse contexto, a título de contraponto, cabe lembrar o art. 20, nº 5, do DL nº 88/1937, que, de maneira esdrúxula, prescrevia: "presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime".

Conforme observou o Min. Celso de Mello em relação ao tema, "nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (art. 2º, nº 5, do DL nº 88, de 1937)" (HC 83.947, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2007, 2ª T., DJE de 2008).

Em relação ao tema, Bechara e Campos anotam: "melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado".[132]

Como reflexo, destacamos a abolição do lançamento do nome do acusado no rol dos culpados quando da pronúncia.

Consoante anotado pelos ilustres professores, "... tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, contudo, a mitigação do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio do favor rei ou favor libertatis, igualmente de índole constitucional".[133]

Isso posto, surge a pergunta: é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário?

---

[132] BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de: *Princípios constitucionais do processo penal*.
[133] *Ibidi*.

Em um primeiro momento, já na vigência, da CF/1988, o STF reconheceu a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade. Nesse sentido: HC 68.726 (j. 1991, pleno – *leading case*), HC 69.964 (j. 1992), HC 72.366 (j. 1995), HC 73.968 (j. 1996), HC 74.983 (j. 1997) etc.

Havendo coerência com a tese firmada nos referidos precedentes, foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal as S. 716[134] e S. 717.[135]

Essa jurisprudência tradicional da Corte, contudo, veio a ser alterada em festejada viragem jurisprudencial. Por 7 x 4, estabeleceu-se novo entendimento no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória contraria o art. 5º, LVII, da CF/1988 (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário), tendo ficado ressalvada a eventual possibilidade de prisão cautelar do réu, nas hipóteses do CPP.

Contudo, em momento seguinte, em decisão bastante polêmica e criticada pela doutrina, o STF, pelo mesmo placar de 7 x 4, mudou novamente o seu entendimento e resgatou a jurisprudência tradicional, nos seguintes termos: "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da CF/1988" (HC 126.292, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2016, DJE de 2016).

Conforme anotou o Min. Teori Zavascki, "ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

---

[134] S. 716/STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória" (aprovada na sessão plenária de 2003).

[135] S. 717/STF: "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial" (aprovada na sessão plenária de 2003).

Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637, do CPP e o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990".[136]

Na linha do decidido, o Min. Relator ainda lembrou o entendimento do STF sobre a LC nº 135/2010 – "Lei da Ficha Limpa" –, que considerou constitucional a hipótese de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da sentença criminal nas hipóteses nela previstas, quando proferida por órgão colegiado (cf. item 17.4.2).

Ainda, além de analisar o direito comparado no sentido da tese fixada, constatou-se a utilização de recursos com propósitos meramente protelatórios para o STF ou o STJ, buscando a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória e, assim, a necessidade de ponderar o princípio da presunção de inocência à luz da efetividade da função jurisdicional penal.

Finalmente, em situações excepcionais, sustentou-se, conforme já se mencionou, a possibilidade de requerer o efeito suspensivo aos recursos, procurando suspender a execução provisória da pena, bem como a impetração de *habeas corpus*, objetivando corrigir eventual violação a direitos do acusado.

O Min. Barroso, por sua vez, em seu voto proferido no HC 126.292, justificou a prisão antes do trânsito em julgado levando em consideração três fundamentos jurídicos:

• culpabilidade x prisão: "a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988";

• ponderação do princípio da presunção de inocência com outros princípios constitucionais colidentes: "a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade, da Lei penal (art. 5º, LXXVIII e art. 144, da CF/1988)";

• esgotamento das instâncias ordinárias: "com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade

[136] Voto do Min. Relator Teori Zavascki no HC 126.292. Observamos que o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990 foi revogado pelo CPC, que continua prescrevendo a regra no sentido de que o recurso especial e o extraordinário são dotados de efeito meramente devolutivo e não suspensivo, apesar de ser expressamente possível a concessão deste último na forma do art. 1.029, § 5º, do CPC.

do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa".

Barroso, ainda, destacou três fundamentos pragmáticos a reforçar a tese da possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

• "permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infindável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

• diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

• promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento".

Referida tese vencedora no HC 126.292 foi confirmada no julgamento de medida cautelar nas ADCs 43 e 44, nas quais se requeria a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, que tinha a seguinte redação dada pela Lei nº 12.403/2011 (antes da alteração trazida pelo Pacote Anticrime): "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Basicamente, toda a linha de argumentação exposta no HC 126.292 foi mantida na apreciação da medida cautelar.

O Min. Barroso explicitou que a presunção de inocência é princípio e não regra, podendo, então, ser ponderada com outros princípios e valores previstos na Constituição, destacando-se a tensão entre o direito à liberdade e a pretensão punitiva do Estado. "O peso da presunção da inocência ou não culpabilidade, após a condenação em segundo grau de jurisdição, fica muito mais leve, muito menos relevante, em contraste com o peso do interesse estatal de que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Desse modo, o estado de inocência vai-se esvaindo à medida que a condenação se vai confirmando" (Inf. 842/STF).

A argumentação no sentido de que nas instâncias extraordinárias não se discutem fatos e provas foi retomada, destacando-se a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/1988).

Assim, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Lewandowski e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar para só admitir a prisão

depois do trânsito em julgado, e em parte o Min. Dias Toffoli, que acolhia o pedido sucessivo para determinar a suspensão de execução provisória da pena de réu cuja culpa estivesse sendo analisada pelo STJ, os outros 6 Ministros indeferiram a medida cautelar, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do CPP, para permitir a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (ADCs 43 e 44, medida cautelar, j. 2016, DJE de 2018).

Conforme ficou estabelecido na ementa do acórdão relatado pelo Min. Edson Fachin, "no âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, do CPC c/c art. 3º e art. 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da CF/1988. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP" (ADCs 43 e 44).

Nesse sentido, em 2016, o STF, por 6 x 4, em pleno virtual, entendeu, no julgamento do ARE 964.246, estar diante de reafirmação da jurisprudência (HC 126.292 e ADCs 43 e 44) e, ao apreciar o tema 925 da repercussão geral, estabeleceu a seguinte tese: "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da CF/1988" (DJE de 2016).

A crítica que fizemos na 21ª edição deste nosso trabalho em relação ao julgamento em pleno virtual (no sentido de inexistir entendimento prevalecente no STF a justificar o pleno virtual) deixou de ter sentido, pois, em julgamento de ampla repercussão envolvendo o ex-Presidente da República Lula, agora em pleno físico e não virtual, o STF, por 6 x 5 (vencidos, em menor extensão, os Min. Gilmar Mendes e Dias Toffoli no sentido de se aguardar a decisão do STJ, e, em maior extensão, os Min. Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, concedendo a ordem para impedir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), manteve o entendimento firmado nos precedentes anteriores (HC 126.292, ADCs 43 e 44 – medida cautelar e ARE 964.246), negando o *habeas corpus* e permitindo, então, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, entendendo não haver comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da CF/1988 (HC 152.752, j. 2018).

Avançando a evolução jurisprudencial, o STF alterou novamente o seu entendimento no julgamento de mérito das ações declaratórias.

Em relação à necessidade do trânsito em julgado, destacamos a ampla discussão do tema pela Corte e, depois de idas e vindas, em votação novamente apertada, a expressa declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP, à luz do art. 5º, LVII, da CF/1988, no sentido de não se admitir a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (ADCs 43, 44 e 54, Plenário, 6 x 5, j. 2019 – pendente a publicação do acórdão).

Na linha da tese vencedora, o Min. Celso de Mello julgou procedentes os pedidos deduzidos nas referidas ações declaratórias de constitucionalidade, "reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória [...] revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, LVII, da CF/1988)".

A nova redação dada pelo Pacote Anticrime ao art. 283 reforça o entendimento da Corte:

REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.403/2011	**REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019**
Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.	Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Vejamos, agora, a evolução da jurisprudência da Corte:

PRECEDENTES	**DATA DO JULGAMENTO**	**PLACAR**	**É cabível a execução provisória de acórdão penal condenatório ainda que sujeito a REsp e RE?**
• HC 68.726 – *leading case*	• 28.06.1991	• 8 x 0	• SIM
• HC 84.078 – viragem jurisprudencial	• 05.02.2009	• 7 x 4	• NÃO
• HC 126.292 – depois de 7 anos, restabeleceuse o entendimento anterior	• 17.02.2016	• 7 x 4	• SIM
• ADCs 43 e 44 – medida cautelar	• 05.10.2016	• 6 x 5	• SIM
• ARE 964.246	• 10.11.2016	• 6 x 4	• SIM
• HC 152.752 – caso "Lula"	• 05.04.2018	• 6 x 5	• SIM
• ADCs 43, 44 e 54 – nova viragem jurisprudencia	• 07.11.2019	• 6 x 5	• NÃO

A partir dessa nova viragem jurisprudencial, a regra prevista no art. 116, III, do CP, introduzida pelo Pacote Anticrime, que traz mais uma causa de suspensão da prescrição, mostra-se, apesar de tímida, bem-vinda. Entendemos tímida, pois ela se limita à hipótese de inadmissibilidade dos recursos.

Em 28.10.2019, e veja que, em data anterior ao julgamento das ADCs, que ocorreu em 07.11.2019, o Min. Dias Toffoli encaminhou ao Congresso Nacional (Ofício nº 407/2019-CD e Ofício nº 408/2019-SF) sugestão de alteração legislativa do CP no sentido de se impedir o transcurso do prazo prescricional "enquanto pendente de julgamento os recursos especial ou extraordinário ou os respectivos agravos em recurso especial ou extraordinário", sem a limitação de serem ou não admitidos os recursos (regra restritiva que vingou no Pacote Anticrime).

Outro ponto a ser observado é o movimento de reversão legislativa (ativismo congressual), buscando superar a apertada decisão final do STF, seja por alteração legislativa (PLS 166/2018), seja por alteração da Constituição (PEC 199/2019-CF), para se admitir a execução da pena após decisão do Tribunal (cf. aprofundamento do tema no vídeo na plataforma on-line no início deste item) (pendente).

Finalmente, lembramos que o Pacote Anticrime, nas hipóteses de competência do Tribunal do Júri, admite a execução provisória da pena como regra no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão (art. 492, I, "e", CPP), destacando-se as exceções estabelecidas no art. 492, § 3º ao § 6º, do CPP.

14.10.28.7 Regras sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII, da CF/1988)

• prisão: somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em Lei (art. 5º, LXI, da CF/1988);

Portanto, como regra geral, a prisão ou será em flagrante delito ou dependerá de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Existem exceções a essa regra geral para a hipótese de prisão?

Sim. Duas estão indicadas no próprio art. 5º, LXI, da CF/1988, e uma terceira no art. 136, § 3º, I, II e III, da CF/1988. Sustentamos que, por se tratar de direito e garantia fundamental, o afastamento da regra geral só poderia mesmo ter sido introduzido pelo constituinte originário, que estabeleceu 3 exceções, quais sejam, os casos definidos em Lei de transgressão militar[137] ou crime propriamente militar e a hipótese de determinação da

[137] Lembramos que a Lei nº 13.967/2019 alterou o art. 18 do DL nº 667/1969, para extinguir a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e

prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida durante a vigência do estado de defesa.

Nesse caso (art. 136, § 3º, I, da CF/1988), a prisão por crime contra o Estado será comunicada imediatamente pelo executor da medida ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. A Constituição deixa claro, ainda, que a prisão ou detenção de qualquer pessoa nessa hipótese não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

• prisão ilegal: será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

• admissão pela Lei de liberdade provisória, com ou sem fiança: ninguém será levado à prisão ou nela mantido;

• prisão civil: não é admitida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

CUIDADO: em relação à prisão civil e conforme já estudamos (item 9.14.5.2.3), o STF entendeu que não cabe mais a prisão do depositário infiel. Por 5 x 4, em 2008, no julgamento do RE 466.343, o STF decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988 (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

Como se sabe, o Brasil é signatário de tratados internacionais que não mais estabelecem prisão do depositário infiel.

Sobre o tema, decidiu o Min. Gilmar Mendes, "... a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF/1988, que ainda persiste, acrescente-se) não foi revogada pelo art. 11 da ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 7º, 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do CC/1916 (e agora o novo CC, acrescente-se) e o DL nº 911/1969" (Inf. 449/STF).

Pondo fim a qualquer discussão, o STF editou a SV 25/2009: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

14.10.28.8 Audiências de custódia ou de apresentação

As chamadas "audiências de custódia" (ou de apresentação) caracterizam-se como procedimento pelo qual toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da

---

do Distrito Federal. Por outro lado, a prisão disciplinar no âmbito das Forças Armadas ainda persiste (cf. discussão no item 13.7.10).

comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

A previsão no direito brasileiro encontra-se no art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678/1992, nos seguintes termos: "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por Lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Como vigora no STF o entendimento de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados sem as formalidades do art. 5º, § 3º, da CF/1988, têm natureza de supralegalidade, toda eventual legislação em sentido contrário encontra-se com a sua eficácia paralisada.

A garantia constitucional do *habeas corpus*, intimamente ligada à liberdade de locomoção e prevista no CPP, seria outro fundamento normativo. Conforme afirmou o Min. Fux, "o *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (art. 656, do CPP)".

Nesse contexto, o Provimento Conjunto nº 3/2015 do TJ e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo estabeleceu a sua necessidade, tendo sido questionado pela ADEPOL Brasil no STF.

A Corte, então, no julgamento da ADI 5.240, entendeu que o direito convencional de apresentação do preso ao juiz, assim como o art. 656 do CPP, regulamentam a matéria, e, portanto, o provimento citado não inova, mas, simplesmente, regulamenta o Pacto de São José da Costa Rica e o Código de Processo Penal (j. 2015, DJE de 2016).

O "Projeto Audiência de Custódia" foi implantado em fevereiro de 2015 por iniciativa do Presidente do CNJ e do STF, Min. Ricardo Lewandowski, e, conforme noticiado, com a sua adoção em todos os Estados brasileiros e na Justiça Federal, o "país já economizou R$ 4 bilhões, levando em conta as mais de 40 mil pessoas que não foram indevidamente recolhidas à prisão e os 68 presídios que deixaram de ser construídos para abrigar a população carcerária que vinha crescendo de forma exponencial. A expectativa é que a economia anual chegue a R$ 13,9 bilhões", além, naturalmente, da proteção dos direitos fundamentais das pessoas submetidas a prisões (cf. Notícias STF de 2016).

Em um primeiro momento, cabe anotar a regulamentação do instituto pela Res. nº 213/2015 – CNJ (que entrou em vigor em 2016), enquanto pendente a discussão do PLS nº 554/2011 – SF.

Referido projeto de Lei foi absorvido pelo substitutivo do chamado Pacote Anticrime, que, em sua proposta original, não tratava da audiência de custódia.

Aprovada, a Lei nº 13.964/2019 fez a previsão da audiência de custódia em dois momentos: art. 287 e art. 310, do CPP, nos seguintes termos:

• art. 287, do CPP – "se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia;

• art. 310, do CPP – "após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança".

Além das regras introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 o art. 310, § 1º ao § 4º, estabeleceu situação de ilegalidade da prisão: "transcorridas 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva".

O Min. Fux, contudo, concedeu medida cautelar requerida para suspender a eficácia do art. 310, § 4º, do CPP, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019, no julgamento da ADI 6.305, ajuizada pela CONAMP (j. 2020 – pendente a ratificação da liminar pelo Plenário, assim como o julgamento de mérito), apresentando os seguintes argumentos:

• não razoabilidade da ilegalidade da prisão se não realizada a audiência de custódia no prazo de 24hs: "esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta "motivação idônea", que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo".

14.10.28.9 Identificação criminal (art. 5º, LVIII, da CF/1988)

O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal (pelo processo datiloscópico, se possível, e pela juntada aos autos da folha de antecedentes – art. 6º, VIII, do CPP), salvo nas hipóteses previstas em Lei (art. 5º, LVIII, da CF/1988). Nesse sentido,

acompanhamos a posição do Professor Damásio, que entende que a Súmula 568 do STF foi cancelada, só se procedendo à identificação criminal se não tiver sido realizada a civil, ou em casos excepcionais, como a falta de apresentação do documento, rasuras, indícios de falsificação etc.[138]

A Lei nº 12.037/2009, que regulamentou a matéria, abarcando a regra geral da não identificação criminal (processo datiloscópico e fotográfico) do civilmente identificado, alinhou as hipóteses em que, mesmo ao civilmente identificado, se procederá à identificação criminal. Isso ocorrerá, segundo a lei, de acordo com o art. 3º, da Lei nº 12.037/2009, quando:

• o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

• o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

• o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

• a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

• constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

• o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Para as provas de penal e processo penal, os candidatos deverão estudar as novidades trazidas pelo Pacote Anticrime nos art. 7º-A e art. 7º-C, da Lei nº 13.964/2019.

14.10.28.10 Ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF/1988)

A ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF/1988). Trata-se de princípio absoluto. No entanto, havendo inércia do Ministério Público (seja pelo não oferecimento de denúncia, seja pelo não requerimento de arquivamento do inquérito policial, ou mesmo pela falta de requisição de novas diligências no prazo legal), será admitida ação privada, porém sem retirar o caráter de privatividade da ação penal pública do Ministério Público (vide art. 5º, LIX, da CF/1988 e art. 29 do CPP. Cf., ainda, Inq. 172-SP – RTJ 112/474; HC 67.502-RJ – RTJ 130/1084; HC 74.276-RS e Inf. 43/STF, 1996).

Evocando os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da igualdade substancial (art. 5º, I, da CF/1988), do dever, da Lei de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988),

---

[138] JESUS, Damásio Evangelista de: *Código de processo penal anotado*, comentário ao art. 6º, VIII.

bem como a regra do art. 226, § 8º, da CF/1988, segundo a qual o Estado assegurará a assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, o STF, dando interpretação conforme a Constituição aos art. 12, I, e art. 16, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), estabeleceu que a ação penal para a apuração dos delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da vítima. Trata-se, portanto, de ação penal pública incondicionada (cf. ADC 19 e ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2012, Plenário, Inf. 654/STF, bem como item 19.9.5).

14.10.29 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/1988)

14.10.29.1 Aspectos gerais

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a esse princípio, asseguram-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em razão do objetivo deste nosso estudo, destacamos as súmulas vinculantes já editadas pelo STF em relação ao tema:

• SV 3/STF: "nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

• SV 5/STF: "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" (mantida por 6 x 5 após proposta de cancelamento apresentada pelo Conselho Federal da OAB – PSV 58, j. 2016 – cf. item 12.4.1.6).

• SV 14/STF: "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Esse entendimento, em nosso entender, deve ser ampliado em razão da alteração do art. 7º, XIV, da Lei nº 13.245/2016, Estatuto da Advocacia, ao afirmar que entre os direitos dos advogados está o de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, e não apenas em órgão com competência de polícia judiciária, os autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

• SV 21/STF: "é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo".

• SV 28/STF: "é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário". Referido depósito prévio, além de violar o art. 5º, LV, da CF/1988, afrontaria, também, o art. 5º, XXXV, da CF/1988, que trata do princípio da inafastabilidade.

E como esses princípios devem ser analisados no inquérito policial?

Referido procedimento não caracteriza, ainda, a acusação. Fala-se em indiciado, já que o inquérito policial é mero procedimento administrativo que busca colher provas sobre o fato infringente da norma e sua autoria.

Como se observa, o inquérito policial é definido como um procedimento administrativo e não um processo administrativo, não se destinando a decidir nenhum litígio. Por esse motivo, por sua natureza e finalidade, a sua natureza inquisitiva.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do STF: "o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação de nulidade da ação penal" (HC 83.233, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 2003, 2ª T. Em igual sentido: HC 99.936, j. 2009, 2ª T.).

Contudo, conforme anotaram Bechara e Campos, "muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante".[139]

Destaca-se, então, interessante entendimento da Corte: "inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio (HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2004, 1ª T. Cf., também, RE 481.955-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, 1ª T.).

Essa preocupação foi observada pelo legislador, que, ao acrescentar o art. 7º, XXI, da Lei nº 13.245/2016, Estatuto da Advocacia, assegurou, entre os direitos dos advogados, o de assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou

---

[139] BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de: *Princípios constitucionais do processo penal.*

indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

Finalmente, pelo exposto, conforme tem entendido o STF, "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo" (Inf. 366/STF, HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2004. Precedentes citados: HC 74.368/MG, DJU de 1997, e HC 81.171/DF, DJU de 2003).

14.10.29.2 Interrogatório por videoconferência (on-line)

A possibilidade de se implementar o interrogatório por videoconferência está relacionada à aplicação do princípio da proporcionalidade a resolver a colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam, a ampla defesa e o direito de presença, de um lado, e a segurança e ordem pública, a ensejar a eficiência, de outro.

Nessa linha, "o que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarda certa complexidade, e a participação à distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento".[140]

O STJ havia pacificado entendimento pela aceitação do interrogatório on-line: "Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência ou teleaudiência em real time. Cerceamento de defesa. Nulidade, para cujo reconhecimento faz-se necessária a ocorrência de efetivo prejuízo, não demonstrado, no caso" (RHC 15.558/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ de 2004. Nesse sentido, cf. STJ, RHC 6.272/SP, RT 742/579, e RHC 8.742-SP).

A Lei nº 11.819/2005-SP dispunha sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos a distância. Essa Lei foi declarada inconstitucional no julgamento do HC 90.900, por entender o STF a caracterização de vício formal orgânico, pois, no caso, a competência para legislar sobre processo (e não se trata de procedimento segundo a maioria da Corte) é do Congresso Nacional, por Lei Federal – art. 22, I, e não art. 24, XI, da CF/1988.

Atualmente, a matéria está regulamentada na Lei nº 11.900/2009, pela qual o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real passa a ser a exceção, podendo ser realizado pelo juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes e desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

---

[140] BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de: *Princípios constitucionais do processo penal*.

• prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

• viabilizar a participação do réu no referido ato processual quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

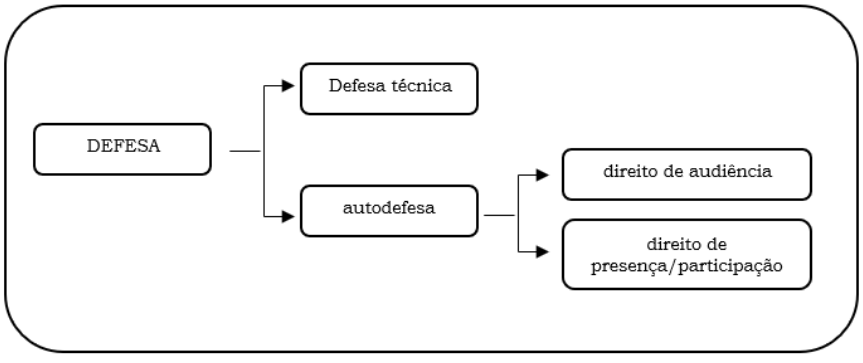
• impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do CPP;

• responder a gravíssima questão de ordem pública.

Segundo o Deputado Otávio Leite (PSDB-RJ), o projeto, agora convertido na citada Lei nº 11.900/2009, vai representar uma economia anual da ordem de R$ 1 bilhão aos cofres públicos. "Em São Paulo, a média de gastos por semana é de R$ 17 milhões. Se formos transferir esses gastos, a nação gasta R$ 1,5 bilhão em recursos humanos e materiais só para a remoção de presos..." (Folha Online, 2008).

Resta aguardar como o STF se posicionará sobre a matéria, que, em nosso entender, mostra-se adequada e dentro da realidade da sociedade moderna, sendo, ainda, a nova sistemática prevista como exceção à regra geral, que assegura o direito de audiência e de presença (participação) (pendente).

Não se discute mais o vício formal, pois, de modo acertado, agora se trata de Lei Federal. O que poderia ser levantado como tese de defesa seria eventual vício material, no sentido de violação ao direito de presença/participação, como desdobramento do contraditório e da ampla defesa, na linha do que ficou estabelecido pelo STF no julgamento do HC 88.914 (j. 2007) e abaixo graficamente representado.



Deixamos a observação final de incentivo da audiência por videoconferência nas hipóteses do art. 52, VII, da LEP, trazida pelo Pacote Anticrime:

"Art. 52 – A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar

diferenciado, com as seguintes características: VII – participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso."

14.10.29.3 A investigação criminal defensiva e as perspectivas trazidas pela Lei nº 13.432/2017 à luz do contraditório e da ampla defesa

O tema em análise deve ser aprofundado em processo penal. Trazemos, contudo, breve provocação sobre a perspectiva de implementação da chamada investigação criminal defensiva, que consistiria na possibilidade de o acusado, em qualquer fase da persecução penal, inclusive na fase inquisitiva, realizar, por ato próprio, diligências investigativas, tendo por objetivo a sua defesa.

Entendemos que a concretização desse moderno instituto poderia ser extraída da perspectiva da "paridade de armas", do contraditório e da ampla defesa.

Não existe a expressa previsão do instituto no direito brasileiro. Há, contudo, a sua prescrição no projeto de reforma do Código de Processo Penal, nos seguintes termos (PLS 156/2009, tendo recebido na Câmara dos Deputados o PL nº 8.045/2010): "é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas" (art. 13, caput, do PL nº 8.045/2010-CD).

Até que seja aprovada referida proposta de reforma do CPP, entendemos que a Lei nº 13.432/2017, que dispôs sobre o exercício da profissão de detetive particular (ou profissional), trouxe importante avanço em relação ao tema.

De acordo com o art. 5º, da Lei nº 13.432/2017, o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante, ficando o aceite da colaboração a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

O texto fala apenas em "colaboração". Entendemos possível essa colaboração tanto pela vítima como pela defesa, caracterizando, então, uma modalidade de investigação criminal defensiva.

A Lei traz algumas formalidades, como a necessidade de contrato de prestação de serviços, assim como vedações, destacando-se a impossibilidade de o detetive particular participar diretamente de diligências policiais (art. 10, IV, da Lei nº 13.432/2017).

Finalmente, pensamos, apesar da literalidade do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 13.432/2017, estabelecendo a faculdade de aceite por parte do Delegado de Polícia, que a

defesa poderá implementar as investigações para sua defesa, tendo como fundamento o contraditório e a ampla defesa.

14.10.29.4 Transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima

A Lei nº 11.671/2008 dispôs sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório, sempre de modo excepcional e por prazo determinado, sendo o período de permanência de até três anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram (ampliação de 360 dias para três anos pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019).

De acordo com a lei, são legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.

A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória.

A Lei determina ainda, por regra, que, antes da transferência, sejam ouvidos, no prazo de 5 dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), ao qual é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado.

Havendo extrema necessidade, contudo, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após a instrução dos autos, na forma do art. 5º, § 2º, da Lei nº 11.671/2008, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada (art. 5º, § 6º, da Lei nº 11.671/2008).

Essa oitiva postergada, desde que fundamentada, não viola, segundo o STF, o devido processo legal, a ampla defesa, a individualização da pena e a dignidade da pessoa humana.[141]

Finalmente, cabe observar que o Pacote Anticrime – Lei nº 13.967/2019, introduziu o art. 11-A à Lei nº 11.671/2008, prescrevendo que as decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao

[141] Nesse sentido, cf. HC 115.539, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2013, Plenário, DJe de 2013.

preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.

14.10.29.5 Art. 98 do RICNJ: Necessidade de intimação pessoal de terceiros que demonstrem interesse jurídico nos procedimentos de controle administrativo (PCAs). Correção no novo RI

O art. 98 do antigo Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça – RICNJ (Res. nº 2/2005–CNJ) estabelecia que, em procedimento de controle dos atos administrativos (PCAs) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, o Relator determinaria a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de 15 dias.

O STF declarou, incidentalmente, em caso concreto, a inconstitucionalidade de referido dispositivo, que aceitava a intimação por edital, por ofender o art. 5º, LV, da CF/1988.

Tratava-se de MS impetrado contra ato do CNJ que havia anulado o III Concurso das Serventias Extrajudiciais do Estado de Rondônia. "Ressaltou-se que, veiculada a classificação dos candidatos mediante edital, os impetrantes passaram a ter situação jurídica constituída que somente poderia ser afastada, presente o regular processo administrativo, se cientificados do pleito de irresignação de certos candidatos, para, querendo, oferecerem impugnação. Aduziu-se que, conhecidos os beneficiários do ato, deveria ocorrer a ciência respectiva, não podendo esta se verificar de forma ficta, ou seja, por edital. Esclareceu-se que os beneficiários do ato não teriam sequer conhecimento da existência do processo no CNJ, não lhes competindo acompanhar a vida administrativa deste último, inclusive o que lançado em edital cuja veiculação se mostrou estritamente interna. Assentou-se que se deveria conferir a eficácia própria ao art. 100, do RICNJ a preceituar a aplicabilidade, no que couber, da Lei nº9.784/1999 que prevê a necessária intimação dos interessados (art. 3º, II, art. 26, § 3º e § 4º e art. 28, da Lei nº9.784/1999)" (MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2008, Inf. 525/STF).

Nesse sentido, de maneira interessante, o novo Regimento Interno do CNJ (Res. nº 67/2009–CNJ), o art. 94, do RICNJ, dispõe que o Relator, nos PCAs, ao determinar a notificação da autoridade que praticou o ato impugnado e dos eventuais interessados em seus efeitos, no prazo de 15 dias, poderá estabelecer as formas e os meios de notificação pessoal a estes últimos, sendo a utilização do edital apenas quando dirigida a eventuais interessados não identificados, desconhecidos ou com domicílio não informado nos autos.

14.10.29.6 Juiz das Garantias (Pacote Anticrime)

Em razão das amplas alterações sobre o instituto, remetemos o nosso leitor para o material da plataforma.

14.10.29.7 Ordem de apresentação das alegações finais – direito fundamental do contraditório e ampla defesa

O STF, por maioria de votos, decidiu que "em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração. Prevaleceu o entendimento de que, como os interesses são conflitantes, a concessão de prazos sucessivos, a fim de possibilitar que o delatado se manifeste por último, assegura o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório" (Notícias STF, j. 2019, pendente o julgamento para definição da tese de julgamento – que tem repercussão geral, para 2020 – acompanhar).

14.10.30 Devido processo legal substantivo ou material (art. 5º, LV, e art. 3º, I, da CF/1988)

Segundo ensina Olavo Ferreira, "o princípio do devido processo legal tem duas facetas: formal e material. Esta segunda encontra fundamento nos artigos 5º, LV e art. 3º, I, da CF/1988. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm status constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado... A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo".[142]

Como parâmetro, devem ser observados três importantes requisitos:[143]

• necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

---

[142] O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal (TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro: *Constituição Federal)*. Na jurisprudência do STF, cf. RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Inf. 341/STF.

[143] Cf. item 3.6.8 deste nosso estudo e art. 156, I, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.690/2008

• adequação: também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

• proporcionalidade em sentido estrito: em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

14.10.31 Provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF/1988)

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo.[144] Desse princípio decorre também o de que as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, sendo, portanto, inadmissíveis (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Conforme aponta Alexandre de Moraes, citando jurisprudência do STF, "a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado".[145]

Essa convalidação da prova ilícita implementa-se em razão da legítima defesa e pode ser pensada na interceptação de uma carta de sequestrador, na gravação de uma triste e covarde cena de babá "espancando" uma criança etc.

14.10.32 Publicidade dos atos processuais e dever de motivação das decisões judiciais (art. 5º, LX e art. 93, IX, da CF/1988). Perspectivas, do CPC

Dentre vários outros instrumentos garantidores da imparcialidade do juiz, mesmo com o aumento de seus poderes instrutórios, está o dever de motivar as decisões jurisdicionais.

O art. 93, IX, da CF/1988, na redação estabelecida pela EC nº 45/2004, determina que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a Lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação

---

[144] Mirabete divide as provas em: a) provas ilícitas: "... as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção"; b) provas ilegítimas: "... as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo". E conclui pela total inadmissibilidade, tanto no processo penal como no civil, das provas ilícitas e ilegítimas (MIRABETE, Julio Fabbrini: *Processo penal*).

[145] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

Essa parte final do dispositivo disciplina o denominado segredo de justiça, que, pela Reforma do Judiciário, foi limitado. Isso porque o direito subjetivo das partes e advogados à intimidade somente estará garantido se não prejudicar o interesse público à informação.

Complementando a garantia geral do dever de motivação e publicidade das decisões, o art. 5º, LX, da CF/1988 estabelece que a Lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim, totalmente aceitáveis as regras fixadas, por exemplo, nos art. 189 e art. 368, do CPC e art. 20 do CPP.

Por sua vez, o dever de motivar as decisões judiciais (cf. art. 11, art. 371 e art. 489, do CPC, art. 381, III, do CPP e o destaque para o art. 315, § 2º, do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019, que reproduziu o art. 489, § 1º, CPC etc.) deve ser entendido, numa visão moderna do direito processual, não somente como garantia das partes. Isso porque, em virtude da função política da motivação das decisões, pode-se afirmar que os seus destinatários "... não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade de justiça das decisões".[146]

Conforme anota Streck, a substituição da expressão "o juiz apreciará livremente a prova" (art. 131, CPC/1973) pela "o juiz apreciará a prova" (art. 371, CPC), sem a palavra "livremente", tem um significado muito grande no sentido de combate ao "voluntarismo judicial" e em busca da concretização de uma jurisprudência íntegra e coerente (art. 926, CPC).[147]

O art. 489, § 1º, CPC, estabelece parâmetros mínimos e de qualidade para que a decisão judicial (e o texto fala em "decisão judicial", e não apenas "sentença") seja considerada fundamentada.[148]

Conforme destacou Gonçalves, "ao indicar os elementos da sentença, o legislador foi particularmente cuidadoso quanto à exigência de fundamentação. No CPC/1973, ela também é indispensável, pois se trata de exigência constitucional. Mas o art. 489, § 1º, do

---

[146] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*. Nesse sentido, ainda, MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Temas de direito processual*, e TARUFFO, Michele: *La motivazione della sentenza civile.*

[147] STRECK, Lenio Luiz: *CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*

[148] Art. 489, § 1º – não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

CPC enumera, em seis incisos, hipóteses em que não se considera fundamentada, não apenas a sentença, mas qualquer decisão judicial. A solução do legislador foi aqui bastante engenhosa, pois seria difícil indicar quais as exigências para que a decisão se considere fundamentada, sendo mais fácil enumerar as situações em que ela não será reputada como tal".[149]

Essas disposições introduzidas pelo CPC certamente deverão estimular a rediscussão sobre a técnica de motivação da decisão "*per relationem*" ou "por remissão" admitida pelo STF e tida como compatível com a disposição do art. 93, IX, da CF/1988 (cf. AI 734.689-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 657.355-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux; HC 54.513/DF, Rel. Min. Moreira Alves; RE 585.932-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes etc.). Nesse sentido, vejamos destaque indicado pelo Min. Celso de Mello no julgamento do MS 34.615 (j. 2017), já na vigência, do CPC:

"Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "*per relationem*", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da CF/1988. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes" (AI 825.520-AgR-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Finalmente, encontrando total consonância com a Constituição, o art. 11, do CPC, mais amplo que o art. 165, do CPC/1973, estabelece a regra geral: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

14.10.33 Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da CF/1988)

O art. 5º, LXXIV, da CF/1988, dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos

[149] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios: *Direito processual civil esquematizado*.

direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988 (art. 134, caput, da CF/1988).

A instituição é fortalecida pela EC nº 45/2004, que assegura às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa e fixa competência para proposta orçamentária, conforme o art. 134, § 2º, da CF/1988, com a seguinte redação: "às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/1988".

Em igual sentido, a EC nº 69/2012 altera os art. 21, art. 22 e art. 48, da CF/1988, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. De acordo com o art. 2º, da EC nº 45/2004, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados.

Por sua vez, a EC nº 74/2013 determinou a aplicação do citado art. 134, § 2º, da CF/1988 (autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária), às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. Assim, inovou em relação à primeira e explicitou em relação à segunda o que já havia sido assegurado pela EC nº 69/2012.

Finalmente, a EC nº 80/2014, de maneira impressionante e histórica, aloca a defensoria pública em seção própria do Título IV, Capítulo IV, da CF/1988, desvinculando-a da seção que trata da advocacia privada.

Remetemos o leitor atento para o item 12.5, onde estudamos com maior detença o assunto. Esse tema é de fundamental importância àqueles que se concentram para concursos de Defensor Público.

14.10.34 Erro judiciário (art. 5º, LXXV, da CF/1988)

O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Prepondera o entendimento de que "o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão nos casos expressamente declarados em lei" (STF, RDA 114/298, RT 150/363, RTJ 64/19689), vale dizer, nas hipóteses prescritas no art. 49, da LC nº

35/1979,[150] no art. 133, do CPC/1973[151] e no art. 630, do CPP,[152] tendo sido o art. 630, § 2º, do CPP, na opinião deste autor, a despeito de posicionamentos em contrário,[153] revogado por falta de compatibilização com o art. 5º, LXXV, da CF/1988, que tornou incondicional a indenização por erro judiciário.[154]

Nelson Nery Junior observa: "mais específica do que a garantia de indenização, art. 37, § 6º, da CF/1988, aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença"[155] (nessa linha, cf. RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, DJ de 2007).

14.10.35 Gratuidade das certidões de nascimento e de óbito (art. 5º, LXXVI, da CF/1988)

O art. 5º, LXXVI, da CF/1988, estatui serem gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma, da Lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito.

O art. 236, da CF/1988, por seu turno, fixa que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, observando-se a regra específica do art. 32, do ADCT.

---

[150] "Art. 49 – responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias."

[151] Dispõe de forma idêntica ao art. 49 da LC nº 35/1979, acima citado. No CPC, a regra está contida no art. 143, do CPC.

[152] "Art. 630 – o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada."

[153] "… o texto constitucional é linear, não condicionado, ao contrário do art. 630, § 2º, do CPP. De qualquer maneira, é possível excluir-se a verba quando o dano decorre de ato do próprio réu da ação penal, surgindo apenas o conflito do art. 630, § 2º, "b", do CPP, com os novos ares constitucionais…" (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2004 – AI 462.831–RJ).

[154] Cf. JESUS, Damásio Evangelista de: *Código de processo penal anotado*, comentários ao art. 630, do CPP. Sobre a responsabilidade do Estado no caso de erro judiciário, cf. interessante acórdão do STJ: "EMENTA: Direito constitucional e administrativo. Responsabilidade objetiva. Prisão ilegal. Danos morais. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF/1988. 6. Recurso especial provido" (REsp 220.982–RS (1999/0057692-6), Rel. Min. José Delgado, j. 2000, 1ª T., DJ de 2000).

[155] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade: *Código de processo civil comentado*.

Dada a importância do tema, destacamos o julgamento RE 842.846, no qual se fixou a seguinte tese: "o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa" (j. 2019, DJE de 2019, tendo sido interpostos embargos de declaração – pendente).

Como se sabe, nos termos do art. 236, § 3º, da CF/1988, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de 6 meses.

Essa regra vem motivando vários candidatos a prestar o difícil concurso público para o exercício da atividade notarial e de registro.

Em relação à gratuidade das aludidas certidões, resta saber se seria somente para os reconhecidamente pobres ou para todos.

Os art. 1º, art. 3º e art. 5º, da Lei nº 9.534/1997, alterando o art. 30, da Lei nº 6.015/1973 (Registros Públicos); acrescentando o art. 1º, VI, da Lei nº 9.265/1996, e alterando o art. 45, da Lei nº 8.935/1994, respectivamente, ao considerar como ato necessário ao exercício da cidadania, estabeleceu serem gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

Percebe-se que a Lei não fez nenhuma restrição, abrangendo os reconhecidamente pobres ou não, ou seja, ampliativamente, estende-se a todos, brasileiros e, inclusive, estrangeiros, pobres ou não.

Referido dispositivo foi questionado perante o STF: "O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar em ação declaratória de constitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral para, com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante, suspender, até decisão final da ação, a prolação de qualquer decisão, assim como os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos art. 1º, art. 3º e art. 5º, da Lei nº 9.534/1997, que prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva. Considerou-se inexistir conflito, da Lei nº9.534/1997 com os art. 5º, LXXVI, e art. 236, da CF/1988, dado que o art. 5º, LXXVI, da CF/1988, ao assegurar a gratuidade desses atos aos reconhecidamente pobres, determina o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta garantia seja ampliada, e, também, pelo fato de que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada pela Constituição a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (art. 5º, LXXVII, da CF/1988). Salientou-se, ainda, que os oficiais exercem um serviço público, prestado mediante delegação, não havendo direito constitucional a percepção de emolumentos por

todos os atos praticados, mas apenas o recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolumentos que tenham sido fixados...” (Inf. 171/STF).

Ao final, o STF julgou o mérito, tanto da ADI 1.800 como da ADC 5, e, nas duas, declarou constitucional a Lei nº 9.534/1997, que isenta a todos, independentemente de sua condição ou situação econômica, do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.[156]

14.10.36 Gratuidade nas ações de *habeas corpus* e *habeas data* (art. 5º, LXXVII, da CF/1988)

O art. 5º, LXXVII, da CF/1988, prevê serem gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma, da Lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

A nosso ver o constituinte deveria, de modo expresso, ter estendido esse benefício também às outras ações constitucionais.

Em relação aos atos necessários ao exercício da cidadania, o art. 1º, da Lei nº 9.265/1996, que regulamenta o aludido direito fundamental, prescreve como gratuitos os seguintes atos:

• os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14, da CF/1988;

• aqueles referentes ao alistamento militar;

• os pedidos de informações ao Poder Público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;

• as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;

• quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público;

• o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva (acrescentado pelo art. 3º, da Lei nº 9.534/1997 – cf. comentários ao art. 5º, LXXVI, da CF/1988, supra, e o julgamento final da constitucionalidade definitiva deste art. – ADI 1.800-DF e ADC 5-DF);

---

[156] Cuidado: esse tema deve ser acompanhado por aqueles que prestam concursos para o exercício da atividade notarial e de registro. “Atividade notarial. Natureza. Lei nº 9.534/1997. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. Não ofende o princípio da proporcionalidade Lei que isenta os “reconhecidamente pobres” do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva” (ADI 1.800, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 2007, DJ de 2007). Em igual sentido, na linha da constitucionalidade, a ADC 5, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 2007, DJ de 2007.

• o requerimento e a emissão de documento de identificação específico, ou segunda via, para pessoa com transtorno do espectro autista (dispositivo incluído pela Lei nº 13.977/2020, que instituiu, além de dar outras providências, a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista – CIPTEA; conhecida como "Lei Romeo Mion", filho do apresentador Marcos Mion, personalidade pública e ativista pela causa do autismo, que realiza, junto com sua esposa Suzana Gullo, um trabalho muito bonito de luta, de inclusão, beneficiando milhares de pessoas).

14.10.37 Celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988)

14.10.37.1 Aspectos gerais

Atualmente, muito se fala na busca da efetividade do processo em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça.

Em outro estudo[157] observamos que, "em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constatou Bedaque, "o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.[158]

Nesse sentido, a EC nº 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo[159] e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

---

[157] LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*.

[158] BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Tutela cautelar e tutela antecipada*. Conforme observa em seguida o ilustre professor, "o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o dano marginal, causado ao agravado pela duração do processo". E completa: "... com o objetivo de evitar o dano marginal causado pelo processo, existe a possibilidade de sumarização da atividade cognitiva, tornando admissível a tutela jurisdicional mediante conhecimento não exauriente".

[159] A Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, em seu relatório à PEC nº 96-A/1992-CD (Reforma do Judiciário), destacou: "também procurando combater a morosidade da Justiça, introduzimos, como princípio de ordem processual, o direito à razoável duração do processo, fazendo aditar inciso ao art. 5º, da CF/1988. Trata-se de direito consagrado pelas Constituições de Portugal (art. 20, nº 4) e do México (art. 17), tendo a AMB e a OAB sugerido sua adoção" (CALMON FILHO, Petrônio: *Reforma constitucional do poder judiciário*).

Trata-se, sem dúvida, de garantia não só restrita a brasileiros natos ou naturalizados e a estrangeiros residentes no País, mas que abarca também – corroborando entendimento do STF e da doutrina, interpretando o art. 5º, caput, da CF/1988, que proclama a igualdade de todos perante a Lei e, aqui tomado por analogia – os estrangeiros não residentes (por exemplo, de passagem, a turismo), os apátridas e as pessoas jurídicas.

A prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já vinha prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros dispositivos, nos art. 8º, nº 1, e art. 25, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).[160]

Resta não se conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo.

Como sinalizou Grinover, "esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da EC nº 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação".[161]

Dentro dessa perspectiva, em 2004, foi assinado pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, ou seja, pelos Presidentes dos três Poderes, o I Pacto Republicano, por um Judiciário mais Rápido e Republicano, buscando implementar a Reforma do Poder Judiciário, destacando-se 11 compromissos fundamentais no combate à morosidade processual.[162]

Em 2009, considerando que o primeiro pacto "... permitiu a colaboração efetiva dos três Poderes na realização de indispensáveis reformas processuais e atualização de normas legais"; considerando que a efetividade das medidas adotadas indica que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, os Presidentes dos Poderes assinaram o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.[163]

---

[160] Adotada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 1969. Entrou em vigor, internacionalmente, em 1978, tendo o Governo brasileiro depositado a carta de adesão à Convenção em 1992, e o Decreto Federal nº 678/1992, DOU de 1992, determinou o seu cumprimento no País. Nesse particular, a partir da Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ganham maior relevância, já que, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão status de norma constitucional.

[161] TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário.*

[162] A íntegra desses compromissos pode ser consultada em Notícias STF, 2004

[163] O II Pacto Republicano pode ser acessado em Notícias STF, 2009

Até o fechamento desta edição, o III Pacto Republicano ainda não havia sido assinado formalmente pelos Presidentes dos três Poderes, apesar de sugerido e lançado pelo Min. Peluso, em 2011, na solenidade de abertura do Ano Judiciário de 2011.

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a denominada "PEC dos Recursos", com redação sugerida pelo Min. Peluso e que tomou o número PEC nº 15/2011-SF,[164] a qual, dentro do contexto de eficiência, "propõe a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). Não haverá alteração nas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ), mas ela não impedirá o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre. A PEC acaba com o efeito suspensivo aos recursos, facultando ao ministro relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento" (Notícias STF, 2011).

De acordo com a redação da referida PEC, criam-se ações rescisórias extraordinária e especial, em substituição aos recursos extraordinário e especial (matéria pendente).

Finalmente, destacamos o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) com importantes instrumentos de celeridade e grandes avanços.

14.10.37.2 Celeridade do processo e crimes praticados contra os idosos

O art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) estabelece que aos crimes previstos na referida Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995 (Juizados) e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Esse dispositivo foi questionado na ADI 3.096, ajuizada pelo PGR, e entendeu o STF que a aplicação, da Lei nº 9.099/1995 é apenas em relação aos aspectos processuais, buscando, na ideia de efetividade do processo, que este termine mais rapidamente, até porque a vítima é um idoso:

"EMENTA: [...]. Art. 94, da Lei nº 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/1995: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à

[164] Confira o texto apresentado em: http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/88428.pdf

Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94, da Lei nº 10.741/2003" (ADI 3.096, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

14.10.37.3 Sistema de justiça multiportas ("The Multi-Door Courthouse" – Frank E. A. Sander)

Não obstante a realidade de concentração de soluções de conflitos pelo Poder Judiciário (Justiça estatal) – e, portanto, toda a preocupação das reformas com a efetividade e eficiência do processo –, passam-se a estimular instrumentos não apenas jurisdicionais, como, também, consensuais, em um verdadeiro sistema multiportas de justiça (the multi-door Courthouse).

Essa expressão deve ser atribuída ao Professor da Universidade de Harvard Frank E. A. Sander, que aceitou o convite do então Presidente da Suprema Corte dos EUA para apresentar um trabalho sobre resolução de conflitos na Pound Conference que aconteceu no ano de 1976 em St. Paul, Minessota (EUA).

O trabalho foi originalmente intitulado "Varieties of Dispute Processing"[165] e, somente depois, a partir de art. publicado pela ABA – American Bar Association (a Ordem dos Advogados dos EUA), que descreveu a ideia central da palestra como multi-door Courthouse, é que o autor assumiu e adotou a referida nomenclatura.

A tese central da proposta reside em afirmar que o Poder Judiciário não é a única ou a melhor forma de resolução de conflitos. Existem várias outras e uma delas é a mais eficiente e mais adequada.

A expressão quer descrever o saguão do Fórum com várias portas para a soluções de conflitos, seja a judicial, é claro, mas, também, ao lado desta, os meios alternativos, destacando-se a arbitragem, a mediação, a conciliação, a figura do *ombudsman*, a negociação, entre tantas outras.

A grande dificuldade reside em estabelecer o critério para a escolha da melhor alternativa, considerando a sua natureza, a relação entre os litigantes, o tamanho e complexidade da disputa, os custos envolvidos etc.[166]

---

[165] SANDER, Frank E. A: V*arieties of dispute processing.* O objetivo da Pound Conference era ampliar a discussão sobre o tema da resolução de conflitos, superando a reação negativa por parte da Administração de Justiça dos EUA ao trabalho apresentado pelo Professor Roscoe Pound em 1906 ("The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice" (cf. SANDER, Frank E. A; CRESPO, Mariana Hernandez: *A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo*).

[166] SANDER, Frank E. A: *The multi-door Courthouse*. Em momento seguinte, o Autor expandiu o estudo sobre a temática: SANDER, Frank E. A; GOLDBERG, Stephen B: *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure* e SANDER, Frank E. A; ROZDEICZER, Lukasz: *matching cases and dispute resolution procedures.*

O CPC, de modo tímido se comparado com o modelo americano, prescreveu algo nesse sentido de um sistema multiportas de justiça, destacando-se os art. 3º e art. 42 do CPC, assim como a Res. nº 125/2010 – CNJ.

14.11 Remédios Constitucionais

14.11.1 Os remédios constitucionais nas Constituições brasileiras – quadro esquematizado

Objetivamos neste item apresentar, esquematicamente, a evolução histórica dos remédios constitucionais nas Constituições brasileiras, para, nos itens seguintes, fazermos um estudo de cada um deles.

Dessa maneira, mediante "visualização comparativa", procuramos facilitar o entendimento histórico de algumas situações, por exemplo, o motivo de ter-se desenvolvido, no Brasil, a "teoria brasileira do *habeas corpus*", já que à época do texto de 1891 só existia, como remédio, o "HC".

Para o ilustre leitor, amigo e guerreiro "concurseiro", sem dúvida, o quadro abaixo mostra-se bastante importante no processo de memorização comparativa, facilitando, assim, o enfrentamento das provas, nas quais, cada vez mais, tem-se percebido esse formato de questão.

REMÉDIO CONSTITUCIONAL	**PREVISÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**
Habeas corpus	• 1891: art. 72, § 22 • EC nº 1/1926: restrição à "Teoria Brasileira do HC" • 1934: art. 113, nº 23 • 1937: art. 122, nº 16 • 1946: art. 141, § 23 • 1967: art. 150, § 20 • AI-5/1968 – restrição da amplitude do HC • EC nº 1/1969: art. 153, § 20 • 1988: art. 5º, LXVIII
Mandado de Segurança	• 1934: art. 113, nº 33 • 1937: não houve previsão • 1946: art. 141, § 24 • 1967: art. 150, § 21 • EC nº 1/1969: art. 153, § 21 • 1988: art. 5º, LXIX
Mandado de Segurança Coletivo	• 1988: art. 5º, LXX
Mandado de Injunção	• 1988: art. 5º, LXXI
Habeas data	• 1988: art. 5º, LXXII
Ação Popular	• 1934: art. 113, nº 38167 • 1937: não houve previsão • 1946: art. 141, § 38 • 1967: art. 150, § 31 • EC nº 1/1969: art. 153, § 31 • 1988: art. 5º, LXXIII

14.11.2 *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF/1988)

14.11.2.1 Regras gerais

Historicamente, o *habeas corpus* foi a primeira garantia de direitos fundamentais, concedida por "João Sem Terra", monarca inglês, na Magna Carta, em 1215, e formalizada, posteriormente, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679.

No Brasil, a primeira manifestação do instituto deu-se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção. A terminologia "*habeas corpus*" só apareceria em 1830, no Código Criminal.

Foi garantido constitucionalmente a partir de 1891, permanecendo nas Constituições subsequentes, o art. 5º, LXVIII, da CF/1988 estabelece:

"conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

O *habeas corpus* foi inicialmente utilizado como remédio para garantir não só a liberdade física como também os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Tratava-se da chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*", que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir.

O autor da ação constitucional de *habeas corpus* recebe o nome de impetrante; o indivíduo em favor do qual se impetra, paciente (podendo ser o próprio impetrante), e a autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder, autoridade coatora ou impetrado.

O impetrante, portanto, poderá ser qualquer pessoa física (nacional ou estrangeira) em sua própria defesa, em favor de terceiro, podendo ser o Ministério Público ou mesmo pessoa jurídica (mas, é claro, em favor de pessoa física). Já o magistrado, na qualidade de Juiz de Direito, no exercício da atividade jurisdicional, a Turma Recursal, o Tribunal poderão concedê-lo de ofício, em exceção ao princípio da inércia do órgão jurisdicional. Mas cuidado: o Juiz de Direito, o Desembargador, os Ministros, quando não estiverem exercendo a atividade jurisdicional, impetrarão, e não concederão de ofício, naturalmente, o *habeas corpus*, já que atuando como pessoa comum.

Referida ação pode ser formulada sem advogado, não tendo de obedecer a nenhuma formalidade processual ou instrumental, sendo, por força do art. 5º, LXXVII, gratuita.

Pode o HC ser impetrado para trancar ação penal ou inquérito policial, bem como em face de particular, como no clássico exemplo de hospital psiquiátrico que priva o paciente de sua liberdade de ir e vir, ilegalmente, atendendo a pedidos desumanos de filhos ingratos que abandonam seus pais.

14.11.2.2 Esquematização da evolução histórica do "HC" no constitucionalismo brasileiro

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/CARACTERÍSTICA
Decreto nº 114/1821	Antes da Constituição de 1824, o referido Decreto fixava providências para a garantia da liberdade individual, proibindo prisões arbitrárias (Alvará de D. Pedro I).
Constituição de 1824	Não havia previsão expressa da garantia do HC na Constituição do Império de 1824, embora isso, a Constituição de 1824 tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária.
Código Criminal, de 1830 (art. 183-188)	Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro tivemos a previsão expressa da terminologia *Habeas Corpus*
Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei nº 127/1832, art. 340-345)	Previsão expressa da garantia do HC.
Lei nº 2.033/1871 (art. 18)	Ampliou ao assegurar a impetração de HC também para beneficiar estrangeiros.
Constituição de 1891 (art. 72, § 22)	Pela primeira vez tivemos a constitucionalização do HC: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".
EC nº 1/1926, à CF/1891 (restrição da "Teoria Brasileira do HC": nova redação ao art. 72, § 22, restringindo o remédio à liberdade de locomoção)	"Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção."
Constituição de 1934 (art. 113, nº 23)	"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*." Também restrito à liberdade de locomoção, embora não expressa, já que é na CF/34 que surge, pela primeira vez, o mandado de segurança individual.
Constituição de 1937 (art. 122, nº 16)	"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."
Constituição de 1946 (art. 141, § 23)	"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*."
Constituição de 1967 (art. 150, § 20) (redação idêntica à, da CF/1946)	"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*."
AI-5/1968 (art. 10) (perdurou até a sua revogação pela EC nº 11/1978)	"Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular."
EC nº 1/1969 (art. 153, § 20) (redação idêntica à da Constituição de 1967)	"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*."
Constituição de 1988 (art. 5º, LXVIII e art. 142, § 2º)	"Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder." "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares."

14.11.2.3 Competência

O órgão competente para apreciar a ação de *habeas corpus* será determinado de acordo com a autoridade coatora, e a Constituição prevê algumas situações atribuindo previamente a competência a tribunais, em razão do paciente:

• art. 102, I, "d", da CF/1988: competência originária do STF para processar e julgar *habeas corpus*, quando o paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, quais sejam: a) alínea "b" – Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República; b) alínea "c"[167] – Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do TCU e chefes de missão diplomática de caráter permanente;

• art. 102, I, "i", da CF/1988:[168] competência originária do STF para processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (STF);

• art. 102, II, "a", da CF/1988: compete ao STF julgar, em recurso ordinário, *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

• art. 105, I, "c", da CF/1988:[169] competência originária do STJ para processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a",[170] ou quando o coator for tribunal sujeito à jurisdição do STJ, ou quando o coator for Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

• art. 105, II, "a", da CF/1988: compete ao STJ julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos TRFs ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

• art. 108, I, "d", da CF/1988: compete aos TRFs processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;

• art. 108, II, da CF/1988: compete aos TRFs julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição;

---

[167] Redação determinada pela EC nº 23/1999

[168] Redação determinada pela EC nº 22/1999.

[169] Redação determinada pela EC nº 23/1999.

[170] Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

• art. 109, VII, da CF/1988: aos juízes federais compete processar e julgar os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

• art. 121, § 3º e § 4º, V, c/c o art. 105, I, "c", da CF/1988: Justiça Eleitoral.

14.11.2.4 Espécies

O *habeas corpus* será preventivo quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (a restrição à locomoção ainda não se consumou). Nessa situação poder-se-á obter um salvo-conduto para garantir o livre trânsito de ir e vir.

Quando a constrição ao direito de locomoção já se consumou, estaremos diante do *habeas corpus* liberatório ou repressivo, para cessar a violência ou coação.

14.11.2.5 Punições disciplinares militares

O art. 142, § 2º, da CF/1988, estabelece não caber *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Trata-se da impossibilidade de se analisar o mérito de referidas punições, não abrangendo, contudo, os pressupostos de legalidade (hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente – HC 70.648, Moreira Alves, e, ainda, RE 338.840-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2003).

Essa regra também se aplica aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, por força do art. 42, § 1º, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 18/1998.

14.11.2.6 "*Habeas Corpus*" impetrado em face de ato da "Turma Recursal" – competência do TJ – superada a S. 690/STF

Conforme vimos no item 11.6.4 (remetendo o ilustre leitor para a importante discussão lá travada), em se tratando de Juizados Especiais, o segundo grau de jurisdição é exercido pelas Turmas Recursais, compostas por 3 juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado (Colégio Recursal) (cf. art. 41, § 1º, e art. 82, da Lei nº 9.099/1995).

Mais tecnicamente, poderíamos dizer que as Turmas Recursais funcionam como segunda instância recursal, podendo ser enquadradas como órgãos colegiados de primeiro grau.

Assim, o STF entendeu superada a S. 690, definindo a competência originária do TJ local para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais (HC 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2006, Inf. 437/STF).

14.11.2.7 "*Habeas Corpus*" e trancamento do processo de "impeachment"?

Conforme afirmou o STF, de maneira correta, o *habeas corpus* não é instrumento adequado para o trancamento de processo de impeachment.

Isso porque o remédio constitucional em análise não se destina à defesa de direitos desvinculados da liberdade de locomoção, "como é o caso do processo de impeachment pela prática de crime de responsabilidade, que configura sanção de índole político-administrativa, não pondo em risco a liberdade de ir, vir e permanecer do Presidente da República" (HC 70.055/DF, Rel. Ilmar Galvão, Tribunal Plenário, DJ de 1993, e entendimento reafirmado no HC 134.315 AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2016).

14.11.2.8 "*Habeas Corpus*" coletivo: perspectivas lançadas a partir do julgamento do HC 143.641 (2018)

Analisando o histórico do surgimento das ações constitucionais, observa-se que não se tem a previsão, em nenhum momento, da figura do *habeas corpus* coletivo, inclusive em sede infraconstitucional.

Em 2018, contudo, a 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 143.641, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva de *habeas corpus* e, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º, do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (DL nº 186/2008 e Lei nº 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (a Lei nº 13.769/2018 positivou esse entendimento ao acrescentar o art. 318-A, do CPP, sem, contudo, prescrever, de modo expresso, a última exceção, o que, certamente, levará ao debate doutrinário e jurisprudencial no sentido de se estar diante de silêncio eloquente ou não – tema pendente).

A Turma, ainda, estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima.

Sendo a detida tecnicamente reincidente, explicitou a Corte, "o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP".

Dentre os argumentos fixados pelo Min. Relator Ricardo Lewandowski para o conhecimento do *habeas corpus* coletivo e concessão da ordem, podemos destacar:

• relações de massa exigem tutela adequada coletiva: "existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis";

• resgate histórico da "teoria brasileira do *habeas corpus*": "conhecimento do mandado coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*";

• o magistrado pode conceder de ofício ordem de *habeas corpus* (art. 654, § 2º, do CPP): "entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal";

• possibilidade de extensão da ordem de *habeas corpus* (art. 580, do CPP): "compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual";

• razoável duração do processo e efetividade da prestação jurisdicional: "tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional";

• aplicação analógica, da Lei do mandando de injunção: "a legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12, da Lei nº13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo";

• calamidade do sistema penitenciário brasileiro: "comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo

aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º, do ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos". Dentro dessa perspectiva, poderíamos destacar o denominado "estado de coisas inconstitucional" reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 347 (cf. item 6.3.5);

• "cultura do encarceramento": "que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação, da Lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente";

• incapacidade do Estado brasileiro em se garantir direitos mínimos: "quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o "caso Alyne Pimentel", julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas";

• art. 227, da CF/1988: "cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227, da CF/1988, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes";

• direitos fundamentais: diversos dispositivos da Constituição Federal podem ser lembrados, destacando-se: art. 5º, II, da CF/1988 – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; art. 5º, XLI, da CF/1988 – a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; art. 5º, XLV, da CF/1988 – nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]; art. 5º, L, da CF/1988 – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; art. 5º, XLVIII, da CF/1988 – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; art. 5º, XLIX, da CF/1988 – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

• Organização das Nações Unidas: "tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração";

• Regras de Bangkok: "incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução

judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado";

• Estatuto da Primeira Infância: "quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do CPP";

• proteção de grupos hipossuficientes: "acolhimento do mandado que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais".

Dentre outros argumentos para o conhecimento do *habeas corpus* coletivo, a Turma destacou, ainda, interessante precedente da Suprema Corte da Argentina envolvendo a situação de condições insalubres das pessoas presas – caso Verbitsky – no qual também se admitiu a tutela molecularizada a partir de construção jurisprudencial, pois, também lá, inexiste previsão normativa explícita da modalidade coletiva do remédio.

Conforme destacado pelo Min. Lewandowski, "a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconvencionalidade a que estavam sujeitos os presos".

A impetração coletiva do *habeas corpus* vem encontrando vozes também na doutrina pátria. Sarmento, Borges e Gomes, em parecer elaborado em nome da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ por solicitação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro,[171] observam que "o instrumento processual do *habeas corpus* deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. Se a ofensa à liberdade for meramente individual, a impetração de *habeas corpus* individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentarem perfil

[171] A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro consulta acerca da admissibilidade do remédio de *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de situação concreta de impetração de HC coletivo "em favor de todas as pessoas que se encontrem trabalhando informalmente como guardadores de veículos na comarca de Volta Redonda-RJ, popularmente conhecidos como "flanelinhas", a fim de que não fossem removidos, conduzidos ou autuados pela suposta prática de exercício ilegal da profissão, o que vinha ocorrendo naquela localidade, sob a equivocada invocação da prática da contravenção penal capitulada no art. 47 do DL nº 3.688/1941. A ordem pleiteada foi concedida em 1ª instância, em decisão mantida pela 2ª T. Recursal Criminal do Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Especiais do TJ/RJ. Contra este acórdão, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs o RE 855.810, distribuído à relatoria do Ministro Dias Toffoli, por meio do qual sustenta, dentre outras teses, a inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* coletivo" (pendente de julgamento pelo STF).

coletivo, o ajuizamento de *habeas corpus* coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional".[172]

Bheron, em igual sentido, vem admitindo a impetração de *habeas corpus* coletivo. Conforme estabelece, "observada a normatividade constitucional de defesa dos direitos coletivos e promoção coletiva de direitos, e o necessário diálogo com as demais ações constitucionais também expressamente previstas, como a ação civil pública, o mandado de segurança e as disposições do novo Código de Processo Civil, verificamos a perfeita possibilidade de identificação ou habilitação de pacientes por meio de pedido de extensão da medida cautelar (art. 580, do CPP) realizado apenas no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença (art. 259, do CPP), podendo a concessão se dar de forma geral, fixando condições de natureza objetiva, que caracterizem o direito e o seu titular, de forma a dar um tratamento isonômico para as diversas pessoas que se encontram na mesma posição jurídica, além, da economicidade ao evitar a multiplicação de processos, o que culminaria numa maior lentidão e elevação de custos".[173]

Essa perspectiva da efetividade do processo coletivo sustentamos em nossa dissertação de mestrado, pedindo vênia para aqui retomar.[174]

O processo, quando tomado em sua perspectiva instrumental, deve adequar-se ao tipo de litígio que se objetiva tutelar, rompendo com as retrógradas perspectivas individualistas da fase conceitual (escopo estritamente jurídico), na busca da efetivação do direito substancial, analisado sob sua perspectiva externa, diante de seus valores sociais e políticos.

Fala-se, então, na almejada busca e implementação da tutela jurisdicional adequada. O estudo da tutela jurisdicional traz consigo a análise do processo sob a perspectiva de quem tem razão. Segundo Bedaque, a tutela jurisdicional "é o estudo da técnica processual a partir do seu resultado e em função dele".[175] Assim, na análise da efetividade do processo, destaca-se o qualificativo adequada da tutela jurisdicional, disponibilizando-se instrumentos aptos à satisfação dos interesses processualizados, devendo haver nítida harmonia e correlação entre o objeto litigioso e o instrumento necessário à pacificação social. Portanto, em consonância com a perspectiva social e política do processo, Bedaque volta a conceituar a tutela

---

[172] SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla: *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira.*

[173] ROCHA, Jorge Bheron: *Habeas corpus coletivo*.

[174] LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*.

[175] BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Direito e processo*. Dinamarco, em razão do caráter abstrato do direito de ação, fala em uma escalada de intensidade até o atingimento final da almejada tutela jurisdicional efetiva. E explica: "Existe, como se vê, uma escalada de intensidade entre os poderes e faculdades de que o Estado municia as pessoas para a defesa judicial de seus interesses, de modo que: a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado (no processo de conhecimento, fará jus à sentença favorável)" (DINAMARCO, Cândido Rangel: *Execução civil.*).

jurisdicional como “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.[176]

A grandeza do processualista moderno, portanto, está na capacidade de conseguir adequar a ciência processual às transformações ocorridas na sociedade, devendo a perspectiva individualista da fase conceitual ceder lugar à nova realidade eminentemente crítica e preocupada com os resultados práticos do processo e a utilidade das decisões.

A sociedade de massa requer um instrumental adequado aos seus anseios e necessidades, devendo-se repensar, por conseguinte, diversos institutos processuais, além, é claro, de estimular a construção de um novo processo coletivo, com regras próprias e adequadas. Nas palavras de Cappelletti, “os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos”.[177]

Reforçando o acima exposto, a técnica deve encontrar o seu espaço e medida adequados, a fim de servir de instrumento à realização do direito material, implementando aquilo que Watanabe denominou de instrumentalidade substancial do processo.

A experiência adquirida pela geração anterior de processualistas, preocupada com a construção dogmática da ciência processual, responsável pela consolidação do direito processual como verdadeira ciência autônoma, tendo por grande representante Alfredo Buzaid, conforme identifica Barbosa Moreira, não deve ser totalmente esquecida ou desprezada pela geração atual, na qual o mestre carioca, conforme ele mesmo diz, enquadra-se. A atual geração de processualistas deve se valer da experiência anterior (fase autonomista ou conceitual, marca principal da geração buzaidiana) e, não a renegando, aperfeiçoá-la, em verdadeiro sentido de complementação. A técnica, segundo a tendência da moderna geração de processualistas brasileiros, será, então, utilizada como instrumento a serviço de “valores mais elevados”, destacando-se o processo de resultados.[178]

Diante do exposto e nos termos dos argumentos lançados, entendemos perfeitamente cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo, esperando que a decisão da Corte no HC 143.641 sirva de estímulo para que o legislador regulamente de vez esse instrumento, fundamental para efetiva proteção de direitos da sociedade de massa.

---

[176] BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Direito e processo*.

[177] Mauro Cappelletti, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, RePro 5/133. Com precisão, em texto clássico e consagrado sobre a matéria, Barbosa Moreira observa que “as armas do arsenal jurídico herdado de outros tempos” mostram-se pouco eficazes diante dos novos conflitos da sociedade de massa. “Torna-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeiçoe às realidades atuais o instrumento forjado nos antigos moldes; ou antes, em casos extremos, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam o quadro bem definido das relações interindividuais” (CAPPELLETTI, Mauro. *Temas de direito processual*).

[178] A fixação e a identificação de duas gerações de processualistas devem-se a Barbosa Moreira. Cf. o seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, proferido em 1992 e publicado em Duas gerações de processualistas brasileiros (MOREIRA, Josó Carlos Barbosa: *Temas de direito processual).*

A título de informação e nessa linha de reflexo da decisão judicial no âmbito legislativo, conforme já destacamos (e esse tema deverá ser aprofundado nos livros de direito penal e direito processual penal), o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.769/2018 para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência (cf. art. 318-A, do CPP).

14.11.3 Mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF/1988)

14.11.3.1 Introdução

O mandado de segurança, criação brasileira, é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc.

Restringido o alcance da "teoria brasileira do *habeas corpus*" pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina e jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma, o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção da de 1937. Suas regras gerais foram regulamentadas pela Lei nº 1.533/1951 e outros tantos dispositivos, estando, atualmente, disciplinado na Lei nº 12.016/2009, objeto de vários questionamentos nas ADIs 4.296 e 4.403 (matéria pendente).

Podemos, pois, identificar como fonte imediata de inspiração do mandado de segurança, no direito brasileiro, a "teoria brasileira do *habeas corpus*", podendo ser destacado, ainda, o art. 13, da Lei nº 221/1894 (ação anulatória de atos da Administração) e o instituto dos interditos possessórios.

Indiretamente, no direito estrangeiro, cumpre mencionar o *habeas corpus* e os mandados do direito anglo-americano, bem como o juicio de amparo do direito mexicano.[179]

---

[179] PACHECO, José da Silva: *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* Destaca o autor, na Inglaterra, "... a) o *mandamus*, para mandar a autoridade que não observou a norma obrigatória a cumpri-la; b) o *proibition*, para obstar que a autoridade pratique uma ilegalidade ou viole uma regra de direito; c) o *certiorari*, para anular ato ilegal; d) o *quo warranto*, para conferir a legalidade da investidura em um cargo público; e e) o *habeas corpus*, para impedir a prisão ou detenção ilegal". Nos EUA, além dos *writs* já citados, o *mandatory injunction* (para praticar o ato) e *prohibitory injunction* (para não praticar o ato). No México, lembra que o juicio de amparo, no início, servia para "... conhecer reclamações contra os atos do Poder Executivo e do Legislativo... Visava, de início, ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, mas depois estendeu-se, também, ao controle da legalidade dos atos de todas as autoridades, até mesmo as judiciárias". Cf., ainda, comparando o MS brasileiro com o juicio de amparo, ZAMUDIO, Héctor Fix; ESPINOZA Alejandro Ríos; ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *Tres estudios sobre el mandado de seguridad brasileño.*

14.11.3.2 Esquematização da evolução histórica do "MS" no constitucionalismo brasileiro[180]

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/CARACTERÍSTICA
Constituição de 1934 (art. 113, nº 23)	"Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes." (regulamentação pela Lei nº 191/1936)
Constituição de 1937	Não havia previsão expressa da garantia do "MS" na Constituição de 1937. A doutrina e a jurisprudência, contudo, encontravam na Lei nº 191/1936 os instrumentos contra os atos ilegais e violadores de direito individual.
Constituição de 1946 (art. 141, § 24)	"Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."
Constituição de 1967 (art. 150, § 21)	"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."
EC nº 1/1969 (art. 153, § 21) (redação idêntica à da Const./1967)	"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."
Constituição de 1988 (art. 5º, LXIX)	"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

14.11.3.3 Abrangência

O constituinte de 1988 assim o definiu: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, da CF/1988).

Dessa forma, excluindo a proteção de direitos inerentes à liberdade de locomoção e ao acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, através do mandado de segurança busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

[180] Interessante notar que é no texto de 1988 que, além da exceção do "HC", pela primeira vez se faz exceção também ao *habeas data*. O motivo é simples: o "HD" surge pela primeira vez, como já visto, no texto de 1988.

14.11.3.4 Direito líquido e certo

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito "manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração".[181]

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do mandado.[182]

14.11.3.5 Ilegalidade ou abuso de poder

O cabimento do mandado de segurança dá-se quando perpetrada ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Quanto a esses dois requisitos pondera Michel Temer, com precisão: "o mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança, porque a Constituição Federal e a Lei Ordinária, ao aludirem a ilegalidade, estão se referindo ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder estão se reportando ao ato discricionário".[183]

14.11.3.6 Legitimidade ativa e passiva

O legitimado ativo, sujeito ativo, impetrante é o detentor de "direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*". Assim, dentro do rol "detentor de direito líquido e certo" incluem-se: pessoas físicas (brasileiras ou não, residentes ou não, domiciliadas ou não), jurídicas, órgãos públicos despersonalizados, porém com capacidade processual (Chefias dos Executivos, Mesas do Legislativo), universalidades de bens e direitos (espólio, massa falida, condomínio), agentes políticos (governadores, parlamentares), o Ministério Público etc.

---

[181] MEIRELLES, Hely Lopes: *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas corpus".*

[182] "A atual expressão direito líquido e certo substitui a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, direito certo e incontestável. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca (...). O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante" (MEIRELLES, Hely Lopes: *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas corpus"*).

[183] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

Já o legitimado passivo, sujeito passivo, impetrado é a autoridade coatora, responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

De acordo com o art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Equiparam-se às autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

A Lei deixa claro que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009).

14.11.3.7 Competência

A competência para processar e julgar o mandado de segurança dependerá da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, sendo definida nas leis infraconstitucionais, bem como na própria da CF/1988.

No tocante à competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais, observa Moraes: "o Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal Judiciário, tendo sido o art. 21, VI, da Lei orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) inteiramente recepcionado. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões".[184] O mesmo se aplica ao STJ, conforme a Súmula 41. Cf., ainda, a Súmula 624/STF ("não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais").

14.11.3.8 Algumas outras observações

O mandado de segurança pode ser repressivo de ilegalidade ou abuso de poder já praticados, ou preventivo, quando estivermos diante de ameaça a violação de direito líquido e certo do impetrante. Muitas vezes, para evitar o perecimento do objeto, o impetrante poderá solicitar concessão de liminar.

---

[184] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

Nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O prazo para impetração do mandado de segurança, de acordo com o art. 23, da Lei nº 12.016/2009, é de 120 dias, contado da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado.

Analisando a Lei anterior (art. 18 da Lei nº 1.533/1951 – revogada), que também fazia previsão do prazo decadencial de 120 dias, o STF já havia se posicionado, considerando perfeitamente possível o estabelecimento de prazo decadencial pela Lei do mandado de segurança, mesmo porque o que se opera é a extinção do prazo para impetrar o mandado, e não a extinção do próprio direito subjetivo, que poderá ser amparado por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional (vide STF, RMS 21.362, 14.04.1992, DJU de 1992, e S. 632/STF).

A jurisprudência vem consagrando determinadas posições em relação ao mandado de segurança, tendo sido algumas incorporadas na lei.

Não havendo previsão normativa, ou até contrariando os art. 485, § 4º,[185] e art. 487, III, "c",[186], do CPC, o pleno do STF, em caso específico, entendeu que "o impetrante pode desistir de mandado de segurança a qualquer tempo, mesmo que proferida decisão de mérito a ele favorável, e sem anuência da parte contrária", mas desde que não tenha havido trânsito em julgado da decisão. Dentre os argumentos está a possibilidade de discussão do direito nas vias ordinárias, além de se ter a segurança de se coibir a má-fé com os instrumentos próprios.

Outro fundamento a confirmar a possibilidade de desistência de mandado de segurança após decisão de mérito foi o reconhecimento de que o mandado, "enquanto ação constitucional, com base em alegado direito líquido e certo frente a ato ilegal ou abusivo de autoridade, não se revestiria de lide, em sentido material" (RE 669.367, Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Rosa Weber, j. 2013, Plenário, DJE de 2014).

---

[185] Art. 485, § 4º, CPC – Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação

[186] Art. 487, III, "c", CPC – Haverá resolução de mérito quando o juiz homologar a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

14.11.4 Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF/1988)

14.11.4.1 Regras gerais

A grande diferença entre o mandado de segurança individual e o coletivo (este criado pela CF/1988) reside em seu objeto e na legitimação ativa. As ponderações sobre "direito líquido e certo", "ilegalidade e abuso de poder", "legitimação passiva", "campo residual", já analisadas quando tratamos do mandado de segurança individual, deverão ser aqui adotadas no estudo do mandado de segurança coletivo. Passemos, então, às regras específicas sobre o objeto (coletivo *lato sensu*) e sobre a legitimação ativa, que, como veremos, operar-se-á por substituição processual.

14.11.4.2 Objeto, legitimidade ativa e objetivos

14.11.4.2.1 Objeto

Com o mandado de segurança coletivo, visa-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, sejam os individuais homogêneos, sejam coletivos.

O art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009, na linha do que já conceituava o CDC, define:

• individuais homogêneos – assim entendidos, para efeito desta lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante;

• coletivos – assim entendidos, para efeito desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

14.11.4.2.2 Legitimidade ativa

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por (art. 5º, LXX, da CF/1988):

• partido político com representação no Congresso Nacional;

• organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.[187]

14.11.4.2.2.1 Partidos políticos

No tocante aos partidos políticos, bastará a existência de um único parlamentar na Câmara ou Senado, filiado ao partido, para que se configure a "representação no Congresso Nacional".

A questão discutida é: os partidos políticos poderão representar somente seus filiados e na defesa de, apenas, direitos políticos? Entendemos que não, podendo defender qualquer direito inerente à sociedade, pela própria natureza do direito de representação previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009.

CUIDADO: essa, todavia, não é a orientação adotada pelo STJ,[188] em nosso entender, *data venia*, restritiva do previsto na CF/1988, burlando o objetivo maior de defesa da sociedade, já que o constituinte originário não previu outra limitação à atuação dos partidos políticos a não ser a representação no Congresso Nacional. Conforme estabelece o art. 21, da Lei nº 12.016/2009 o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional na defesa de seus interesses legítimos relativos:

• a seus integrantes; ou

• à finalidade partidária.

14.11.4.2.2.2 Organizações sindicais, entidades de classe e associações

Já as organizações sindicais, entidades de classe e associações deverão preencher os seguintes requisitos constitucionais:

---

[187] Cf. Súmulas 629 e 630/STF: "a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes" (S. 629/STF); "a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria" (S. 630/STF). Nesse sentido, o art. 21, da Lei nº 12.016/2009: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial".

[188] "Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por Lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles" (STJ, MS 197/DF, 1990, RSTJ, 12/215).

• estar legalmente constituídas;

• atuar na defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

O requisito de estarem em funcionamento há pelo menos 1 ano é exclusivo das associações, não sendo exigida referida pré-Constituição ânua para os partidos políticos, organizações sindicais e entidades de classe.

"Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de Constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, LXX, "b", da CF/1988..." (RE 198.919-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1999, Inf. 154/STF).

Acompanhando jurisprudência do STF, entendemos que não há necessidade de autorização específica dos membros ou associados, desde que haja previsão expressa no estatuto social.

Ao se referir à defesa dos interesses dos membros ou associados, a Constituição determinou a necessária existência de pertinência temática do objeto da ação coletiva com os objetivos institucionais do sindicato, entidade de classe ou associação.

Cuida-se de verdadeira substituição processual (legitimação extraordinária) das entidades representando direitos alheios de seus associados.

Por fim, tendo em vista a relevância da matéria, destaca-se (Inf. 431/STF): "concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do art. 8º, III, da CF/1988 ("ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas") [...], conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes" (RE 193.503/SP, RE 193.579/SP, RE 208.983/SC, RE 210.029/RS, RE 211.874/RS, RE 213.111/SP, RE 214.668/ES, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 2006).

14.11.4.2.3 Objetivos

Os dois objetivos buscados com a criação do mandado de segurança coletivo, no entender de Michel Temer, são:[189]

• fortalecimento das organizações classistas;

• "pacificar as relações sociais pela solução que o Judiciário dará a situações controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios com a consequente desestabilização da ordem social".

---

[189] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

14.11.5 Mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/1988)

14.11.5.1 Aspectos gerais

A Constituição dispõe que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Trata-se, assim como o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, de remédio constitucional introduzido pelo constituinte originário de 1988.

Os dois requisitos constitucionais para o mandado de injunção são, portanto:

• norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

• falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados (omissão).

Dessa forma, tal como a ADO – ação direta de inconstitucionalidade por omissão (já estudada no item 6.7.4) – o mandado de injunção surge para "curar" uma "doença" denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por Emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º, da CF/1988), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de ato normativo integrativo e infraconstitucional.

Trata-se, portanto, de normas constitucionais de eficácia limitada, aplicabilidade mediata e reduzida, dividindo-se em dois grupos: a) normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos: normalmente criam órgãos (art. 91, art. 125, § 3º, art. 131, da CF/1988...); b) normas declaratórias de princípios programáticos: veiculam programas a serem implementados pelo Estado (ex.: art. 196, art. 215, art. 218, caput, da CF/1988...).

Dentre as várias distinções, Dirley da Cunha Júnior, em importante monografia sobre o tema das omissões do Poder Público, observa que "o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição".[190]

Contudo, partindo dessa precisa constatação lembrada por Dirley, temos de trazer uma informação importante. Depois de mais de 27 anos de vigência, da CF/1988, fruto do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, assinado em 2009 pelos então Presidentes da República, Luiz Inácio Lula da Silva, do Senado Federal, José Sarney, da Câmara dos Deputados, Michel Temer, e do STF, Min. Gilmar Mendes, que coordenou o grupo dos representantes do Poder Judiciário no Comitê Executivo do Pacto, também integrado pelo Min. Teori Zavascki, finalmente, foi editada a Lei nº 13.300/2016 (LMI), que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/1988.

Muito embora não previsto expressamente na Constituição, o STF já admitia o MI coletivo, à semelhança do MS coletivo, havendo, agora, previsão explícita na lei. Nessa linha, o art. 14, da LMI, determina a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança (individual e coletivo – Lei nº 12.016/2009) e do CPC.

E, então, a informação importante: ao tratar dos efeitos da decisão, o legislador manteve a concepção inicial apontada por Dirley da Cunha Júnior, ao afirmar que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes, mas inovou, ampliando, prescrevendo, também, a possibilidade de eficácia ultra partes ou *erga omnes*, como se verá a seguir.

14.11.5.2 Omissão total ou parcial

Partindo do texto constitucional, o art. 2º, da Lei nº 13.300/2016 estabelece que será concedido mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A omissão é total quando a inércia é absoluta, ou seja, o preceito constitucional de eficácia limitada não foi disciplinado. Por sua vez, considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Como exemplo de omissão total, podemos citar o art. 37, VII, da CF/1988, que assegura o direito de greve ao servidor público, a ser exercido nos termos e nos limites definidos em Lei específica. Até hoje essa Lei não foi editada. Muito embora exista de projeto de Lei no Senado objetivando regulamentar a Constituição (PLS nº 710/2011-SF), estamos diante de inequívoca e criticável *inertia deliberandi* a caracterizar a omissão constitucional e, portanto, o cabimento das ações de controle.

---

[190] CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Controle das omissões do poder público.*

Por sua vez, como exemplo de omissão parcial destacamos a regulamentação do art. 7º, IV, da CF/1988, que assegura o direito ao salário mínimo. Certamente, o valor estabelecido não é suficiente para atender todas as necessidades previstas na Constituição. Isso quer dizer que o legislador infraconstitucional regulamentou de modo insuficiente.

14.11.5.3 Legitimidade ativa

a) Mandado de injunção individual

São legitimados ativos para o mandado de injunção individual, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

E pessoa jurídica de direito público, pode impetrar o MI?

Trata-se de situação distinta daquela do MI coletivo estudada abaixo. Nesta hipótese da pergunta, a pessoa jurídica de direito público impetraria o MI em seu próprio nome e tendo por fundamento a falta de norma da Constituição que inviabilize, para a entidade de direito público, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Embora exista decisão não admitindo a legitimação ativa da pessoa jurídica de direito público para a impetração do MI (MI 537/SC, DJ de 2001), o STF parece ter superado esse entendimento anterior, nos termos do MI 725.

No caso concreto, entendeu o STF, nos termos do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, tendo por fundamento o "recurso de amparo" do direito ibero-americano, que "não se deve negar aos municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais [...] e a eventual possibilidade das ações constitucionais cabíveis para a sua proteção". Assim, destacando que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais, "parece bastante razoável a hipótese em que o município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção" (cf. Inf. 466/STF – j. 2007, DJ de 2007).

A previsão ampla de "pessoas jurídicas" como impetrantes no art. 3º da LMI parece legitimar esse entendimento do STF.

b) Mandado de injunção coletivo

Por sua vez, são legitimados ativos para a impetração do mandando de injunção coletivo, como impetrantes:

• Ministério Público: quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

• partido político com representação no Congresso Nacional: para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

• organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano: para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

• Defensoria Pública: quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

Observa-se, portanto, que art. 12, I ao IV, da LMI, amplia a previsão dos legitimados ativos para a promoção do mandado de injunção coletivo em comparação à legislação que disciplina o mandado de segurança coletivo (art. 21, da Lei nº 12.016/2009), em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

14.11.5.4 Legitimidade passiva

O mandado de injunção individual ou coletivo deverá ser impetrado contra o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela Lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado, art. 4º, da LMI.

No caso de normas de iniciativa reservada, como, por exemplo, aquelas previstas no art. 61, § 1º, da LMI, em relação ao Presidente da República, o mandado de injunção deverá ser impetrado também em face do titular da referida iniciativa reservada, pois é ele que deve deflagrar (dar início) o processo legislativo, não podendo o Congresso Nacional atuar sem a sua provocação formal, sob pena de inconstitucionalidade do eventual ato normativo a ser editado (vício formal propriamente dito subjetivo).

14.11.5.5 Competência

A competência vem prevista na própria Constituição nos art. 102, I, “q”, II, “a”, art. 105, I, “h”, art. 121, § 4º, V, e art. 125, § 1º, da CF/1988:

• 102, I, “q”, da CF/1988 – compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do

Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF;

• 102, II, "a", da CF/1988 – compete ao STF processar e julgar em recurso ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

• 105, I, "h", da CF/1988 – compete ao STJ processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

• 121, § 4º, V, da CF/1988 – competência atribuída ao TSE para julgar em grau de recurso mandado de injunção denegado pelo TRE;

• 125, § 1º, da CF/1988 – estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, sendo a competência dos tribunais definida na Constituição do Estado. Para se ter um exemplo, no Estado de São Paulo, o julgamento de mandado de injunção contra atos omissivos de autoridades estaduais e municipais é da competência originária do TJ (art. 74, V, da CE–SP – vide RJTJSP 176/1992).

14.11.5.6 Procedimento

A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela Lei processual e indicará, conforme vimos, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados. Em se tratando de peticionamento eletrônico, não faz sentido a contrafé, pois, naturalmente, o impetrado terá acesso a todo o conteúdo da impetração.

Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Recebida a petição inicial, será ordenada:

• a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 dias, preste informações;

• a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo ser-lhe enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

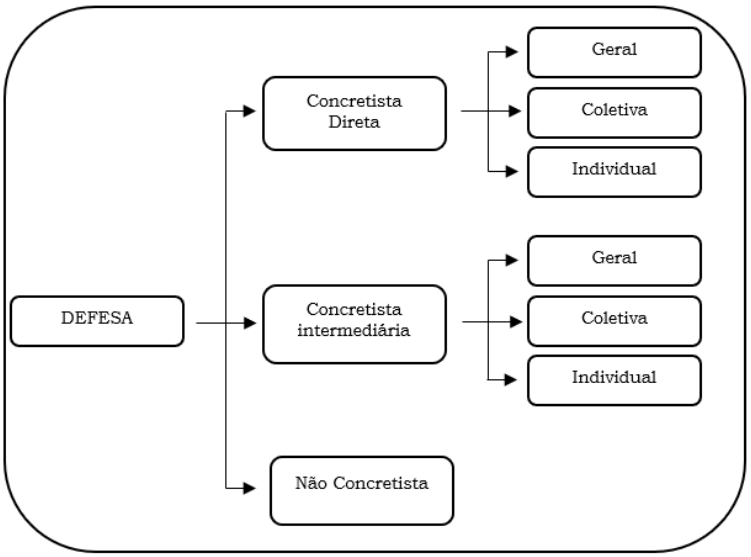
Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, prescreve a lei, caberá agravo, em 5 dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Muito embora a Lei do mandado de injunção seja posterior ao CPC e, ainda, legislação especial sobre o tema, dúvida surgirá se o prazo deve ser mesmo de 5 dias (úteis) ou se deverá ser aplicada a regra do art. 1.070, c/c o art. 1.021, do CPC, que estabelece o prazo de 15 dias úteis. Isso porque o art. 1.070, do CPC estabelece ser de 15 dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em Lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.

Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 dias, após o quê, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

14.11.5.7 Efeitos da decisão

No que respeita aos efeitos da decisão, várias posições já foram sustentadas pela doutrina e pela jurisprudência e, ainda, inovando, agora, nos termos, da Lei regulamentadora (Lei nº 13.300/2016), destacando-se os seguintes posicionamentos:



• posição concretista direta: a concessão da ordem no MI "concretiza" o direito diretamente, independentemente de atuação do órgão omisso, até que a norma

constitucional venha a ser regulamentada. A decisão vale ou para todos (geral) e, nesse caso, terá efeitos *erga omnes*, ou para um grupo, classe ou categoria de pessoas (coletivo), ou apenas para o impetrante, pessoa natural ou jurídica (individual);

• posição concretista intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao órgão omisso prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia, o direito passa a ser assegurado para todos (geral), para grupo, classe ou categoria de pessoas (coletivo) ou apenas para o impetrante, pessoa natural ou jurídica (individual);

• posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora, reconhecendo-se formalmente a sua inércia.

A posição não concretista foi a dominante no STF por muito tempo (vide MI 107 e MI 20).

Esse posicionamento sofreu as nossas críticas, na medida em que se tornaria inviável o exercício de direitos fundamentais na persistência da inércia normativa. A providência jurisdicional, nesses termos, mostrava-se inócua.

Avançando, o STF adotou em alguns casos a posição concretista individual intermediária, que correspondia à do Ministro Néri da Silveira, qual seja, fixar um prazo e comunicar ao órgão omisso para que elaborasse a norma naquele período. Decorrido *in albis* o prazo fixado, o autor passaria a ter o direito pleiteado (efeitos inter partes). (Vide MI 232-1-RJ, RDA 188/155.)

Posteriormente, em 2007, por unanimidade, o pleno do STF, evoluindo o entendimento da Corte, acompanhou o voto do Ministro relator, Marco Aurélio, para deferir ao impetrante o direito à aposentadoria especial, aplicando-se ao servidor público, no que coubesse, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.213/1991.[191] Passava o STF a adotar a posição concretista direta individual.

No julgamento do MI 695/MA, que questionava a mora do Legislativo em regulamentar o art. 7º, XXI, da CF/1988 (aviso prévio proporcional), o STF reconheceu que, "... não fosse o pedido da inicial, limitado a requerer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em relação à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem sendo

[191] Em igual sentido, cf. MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2008, DJE de 2008. Cf., também, MI 1.616, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2009, DJE de 2009, por este autor impetrado em nome da classe dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – AFRFB, autoridades fazendárias, fiscais e aduaneiras (MI Coletivo). Em relação ao tema da aposentadoria especial do servidor público, após reiteradas decisões sobre essa matéria constitucional (cf., por exemplo, MI 721, MI 795, MI 788, MI 925, MI 1.328, MI 1.527, MI 2.120, MI 1.785, MI 4.158 AgR-segundo, MI 1.596 AgR, MI 3.215 AgR-segundo), o STF aprovou a PSV nº 45 e, assim, editou, em 2014, a SV 33, com o seguinte teor: "aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III, da CF/1988, até a edição de Lei complementar específica" (DJE de 2014).

decidido no MI 670/ES" (v. Inf. 430/STF e MI 695/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2007, Inf. 457/STF).[192]

Na linha desse novo entendimento da Corte, destacamos, ainda, o julgamento dos MI 670, MI 708 e MI 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), buscando assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência de Lei regulamentando o art. 37, VII, da CF/1988.

O STF, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que coubesse, da Lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/1989).

A aplicação, da Lei não se restringiu aos impetrantes, mas a todo o funcionalismo público (sobre o exercício do direito de greve pelos policiais civis, não reconhecido em momento seguinte pelo STF, cf. item 13.7.9). Assim, pode-se afirmar que o STF consagrou, em referido julgamento e de modo excepcional para aquele momento da jurisprudência, a posição concretista geral.[193]

Conforme anotou Gilmar Mendes, "o Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".[194]

Em relação ao tema da greve no funcionalismo público, importante deixar registrada a tese firmada pelo STF ao apreciar o tema 531 da repercussão geral: "a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público" (RE 693.456, j. 2016, Plenário).

E qual foi a posição escolhida pelo legislador ao regulamentar a ação constitucional do mandando de injunção?

O art. 8º, da LMI, estabelece que, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá

---

[192] Em relação ao tema, em momento seguinte, o STF julgou procedente o pedido formulado em várias impetrações para reconhecer a mora e garantir a concretização do direito previsto na Constituição e para o caso concreto (MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, j. 2011). A matéria foi regulamentada pela Lei nº 12.506/2011 (cf. discussão no item 3.7.2.1).

[193] Cf. MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 2007, Inf. 485/STF

[194] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Tratado de direito constitucional.*

o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Esse prazo será dispensado quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

O legislador optou, portanto, como regra, pela posição concretista intermediária, individual ou coletiva, autorizando a Lei a adoção da posição concretista intermediária geral. Vejamos as posições adotadas:

• concretista: segue a linha da jurisprudência do STF, concretizando o direito fundamental.

• intermediária: o legislador foi mais conservador do que vinham sendo as decisões da Corte, que eram diretas e não davam essa "chance" ao impetrado. Referida posição nos parece extremamente equilibrada e melhor, pois dará ao Poder, órgão ou autoridade omissos a possibilidade de suprir a omissão, e, só então, mantida a mora, incidirá a decisão judicial concretizando o direito fundamental.

• individual ou coletiva (regra): de acordo com o art. 9º, caput, da LMI, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante. Estabelece ainda a Lei que, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator (art. 9º, § 2º, LMI).

• concretista intermediária geral (possibilidade): de maneira inovadora em relação à jurisprudência do STF que prevalecia quando do advento da regulamentação do mandado de injunção, poderá ser conferida eficácia ultra partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º, da LMI). Conforme anotou o Min. Teori Zavascki, trata-se de "eficácia natural da sentença", que não se confunde com a coisa julgada.[195]

• eficácia temporal limitada: na hipótese de inércia normativa do impetrado, a decisão judicial concretizadora produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. Naturalmente, se esta for editada antes da decisão, restará prejudicada a impetração, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

• norma regulamentadora superveniente: produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

---

[195] Cf. o discurso de Sua Excelência proferido na cerimônia oficial de sanção, da Lei (Notícias STF, 2016). Tratamos desse tema em nossa tese de doutorado (Pedro Lenza, Coisa julgada "*erga omnes*"..., item 1.3).

• coisa julgada *secundum eventum probationis*: o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

• ação de revisão (a cláusula *rebus sic stantibus*): sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito, devendo essa ação de revisão observar, no que couber, o procedimento estabelecido na referida lei. Não se trata de ação rescisória, mas de revisão da decisão proferida. Talvez, aqui, aproximando a ação de revisão da ação de alimentos, possamos falar que a decisão na ação de MI transita em julgado, mas é dada com a cláusula *rebus sic stantibus*.

14.11.5.8 Especificidades do MI coletivo

Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Influenciado pela regra constante do art. 104 do CDC, o art. 13, parágrafo único, da LMI prescreve que o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

A ciência há de ser eficaz e sempre nos autos da ação individual. Na prática, reconhece-se que, tendo em vista a grande dificuldade de se saber se existem ações em face do impetrado, essa notícia normalmente será trazida por este último, abrindo-se, então, a possibilidade de o autor individual, intimado, exercer uma espécie de *right to opt in* (requerendo a suspensão da ação individual), ou *opt out* (exclusão da extensão subjetiva in utilibus do julgado coletivo), caso prossiga em sua ação individual.

14.11.6 *Habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF/1988)

14.11.6.1 Aspectos gerais

Introduzido pela CF/1988, conceder-se-á *habeas data*:

• para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

• para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A garantia constitucional do *habeas data*, regulamentada pela Lei nº 9.507/1997, destina-se a disciplinar o direito de acesso a informações, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para conhecimento ou retificação (tanto informações erradas como imprecisas, ou, apesar de corretas e verdadeiras, desatualizadas), todas referentes a dados pessoais, concernentes à pessoa do impetrante.[196]

Essa garantia não se confunde com o direito de obter certidões (art. 5º, XXXIV, "b", da CF/1988), ou informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII, da CF/1988). Havendo recusa no fornecimento de certidões (para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal, próprio ou de terceiros), ou informações de terceiros, o remédio próprio é o mandado de segurança, e não o *habeas data*. Se o pedido for para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, aí sim o remédio será o *habeas data*.

A sutileza da primeira distinção foi muito bem apreendida por Michel Temer: "O *habeas data* também não pode ser confundido com o direito à obtenção de certidões em repartições públicas. Ao pleitear certidão, o solicitante deve demonstrar que o faz para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, "b", da CF/1988). No *habeas data* basta o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos".[197]

14.11.6.2 Legitimidade ativa e passiva

Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ajuizar a ação constitucional de *habeas data* para ter acesso às informações a seu respeito.

O polo passivo será preenchido de acordo com a natureza jurídica do banco de dados. Em se tratando de registro ou banco de dados de entidade governamental, o sujeito passivo será a pessoa jurídica componente da administração direta e indireta do Estado. Na hipótese de registro ou banco de dados de entidade de caráter público, a entidade que não é governamental, mas, de fato, privada, figurará no polo passivo da ação.

O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/1997 considera de caráter público "todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações".

---

196 Cf. art. 7º, I ao III, da Lei nº 9.507/1997.
197 TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

Assim, perfeitamente possível enquadrarmos as empresas privadas de serviço de proteção ao crédito (SPC) no polo passivo na ação de *habeas data*. Aliás, o art. 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) estabelece que "os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público".

14.11.6.3 Procedimento

Acompanhando posição do antigo TFR (HD 7-DF, j. 1989, DJU de 1989), do STJ (materializada em sua Súmula 2), bem como do STF (RHD 22-8-DF), o art. 8º, da Lei nº 9.507/1997 exige prova da recusa de informações pela autoridade, sob pena de, inexistindo pretensão resistida, a parte ser julgada carecedora da ação, por falta de interesse processual.[198]

O art. 21, da Lei 9.507/1997, Lei do *habeas data*, em cumprimento ao dispositivo constitucional constante do art. 5º, LXXVII, da CF/1988, previu serem gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotações de justificação, bem como a ação de *habeas data*.

14.11.6.4 Competência

As regras sobre competência estão previstas na Constituição e no art. 20, da Lei nº 9.507/1997:

• art. 102, I, "d", da CF/1988 – competência originária do STF para processar e julgar o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF;

• art. 102, II, "a", da CF/1988 – compete ao STF julgar em recurso ordinário o *habeas data* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

• art. 105, I, "b", da CF/1988[199] – compete ao STJ processar e julgar, originariamente, os *habeas data*, contra ato do Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio tribunal;

• art. 108, I, "c", da CF/1988 – competência originária dos TRFs para processar e julgar os *habeas data* contra ato do próprio tribunal ou do juiz federal;

---

[198] "À vista do disposto na Lei nº 9.507/1997, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data, tal ação só tem cabimento diante da recusa ao acesso às informações e da recusa em fazer-se a retificação ou anotação no cadastro do interessado (art. 8º, parágrafo único). Desse modo, a T. negou provimento ao recurso pela falta de interesse de agir do recorrente, já que, no caso, não houve uma pretensão resistida. Precedente citado: RHD 22-DF (DJU de 27.9.91). RHD 24-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 28.11.97" (Inf. 94/STF).

[199] Conforme redação determinada pela EC nº 23/1999.

• art. 109, VIII, da CF/1988, – aos juízes federais compete processar e julgar os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

• art. 121, § 4º, V, da CF/1988 – competência atribuída ao TSE para julgar em grau de recurso *habeas data* denegado pelo TRE;

• art. 125, § 1º, da CF/1988 – em relação aos Estados a competência será definida pela Constituição Estadual (art. 74, III, CE–SP).

14.11.7 Ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/1988)[200]

14.11.7.1 Aspectos gerais

Não obstante a Constituição de 1824 falasse em ação popular (art. 157, da CF/1824),[201] parece que esta se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal. Desse modo, concordamos com Mancuso, ao sustentar que a Constituição de 1934 foi "o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida".[202]

Elevada ao nível constitucional em 1934, retirada da Constituição de 1937, retornou na de 1946 e permanece até os dias atuais, prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/1988[203] – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Assim como o voto, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, a ação popular, corroborando o preceituado no art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, constitui importante instrumento da democracia direta e participação política. Busca-se a proteção da res publica, ou, utilizando uma nomenclatura mais atualizada, tem por escopo a proteção dos interesses difusos.[204]

---

[200] Conforme explicamos no item 14.11.7.1, muito embora prevista uma chamada "ação popular" no art. 157 da CF/1824, em razão de naturezas jurídicas distintas, consideramos como sendo a CF/1934 a que, pela primeira vez, constitucionalizou a ação popular, que já era prevista na Lei nº 4.717/1965, ainda em vigor.

[201] "Art. 157, da CF/1824. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei."

[202] MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. Cf. interessante evolução histórica do instituto trazida por SILVA, José Afonso da: *Ação popular constitucional*.

[203] A Lei nº 4.717/1965, recepcionada pela CF/1988, regulamenta a ação popular. A história do Direito romano guarda a origem da ação popular. Cabe relembrar que, sem constituir instrumento de participação política, a Constituição do Império de 1824 previa, em sentido amplo, a ação penal popular nas hipóteses de suborno, peita, peculato ou concussão, nos termos do art. 157, da CF/1824 e conforme visto acima.

[204] Ada Pellegrini Grinover, com a maestria que lhe é peculiar, observava que "a ação popular garante, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública, baseando-se no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo; já nesse ponto nota-se um estreito parentesco com as ações que visam à tutela jurisdicional dos interesses difusos, vistas como expressão de participação política e como meio de apropriação coletiva de bens comuns" (GRINOVER,

14.11.7.2 Esquematização da evolução histórica da "ação popular" no constitucionalismo brasileiro

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/CARACTERÍSTICA
Constituição de 1934 (art. 113, nº 38)	"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios."
Constituição de 1937	Não houve previsão expressa da ação popular.
Constituição de 1946 (art. 141, § 38)	"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista."
Constituição de 1967 (art. 150, § 31)	"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."
EC nº 1/1969 (art. 153, § 21) (redação idêntica à da Const./1967)	"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."
Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII)(ampliação de seu objeto)	"Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência." (cf. Lei nº 4.717/1965)

14.11.7.3 Requisitos

Deve haver lesividade:

• ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (entendam-se entidades da administração direta, indireta, incluindo portanto as entidades paraestatais, como as empresas públicas, sociedades de economia mista..., bem como toda pessoa jurídica subvencionada com dinheiro público);[205]

• à moralidade administrativa;

• ao meio ambiente;

• ao patrimônio histórico e cultural.

Por lesividade deve-se entender, também, ilegalidade, pois, como assinalou Temer, "embora o texto constitucional não aluda à ilegalidade, ela está sempre presente nos casos de lesividade ao patrimônio público".[206]

Apesar dessa constatação no que tange ao patrimônio público, resta indagar se o binômio lesividade/ilegalidade deve sempre estar presente como requisito para a propositura da ação popular. Embora reconheça dificuldade, José Afonso da Silva observa: "na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão,

---

Ada Pellegrini: *A tutela dos interesses difusos*). Ver ainda, pioneiramente atribuindo à ação popular o enfoque de tutela jurisdicional de interesses difusos, MOREIRA, Josó Carlos Barbosa: *Temas de direito processual.*

[205] Vide art. 1º, caput, da Lei nº 4.717/1965, Lei da Ação Popular

[206] TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.*

em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato". Essa autonomia do requisito da lesividade fica mais evidente em relação à moralidade administrativa, na medida em que não é meramente subjetiva nem puramente formal, tendo "... conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração".[207]

Nesse sentido, Mancuso defende que a Constituição erigiu a moralidade administrativa a fundamento autônomo para a propositura da ação popular. Em suas palavras, "... se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão...".[208]

Outro requisito, como veremos, diz respeito à legitimidade ativa, que pertence apenas ao cidadão.

14.11.7.4 Legitimidade ativa e passiva

Somente poderá ser autor da ação popular o cidadão, assim considerado o brasileiro nato ou naturalizado, desde que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos, provada tal situação (e como requisito essencial da inicial) pelo título de eleitor, ou documento que a ele corresponda (art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965).

Assim, excluem-se do polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas (vide Súmula 365 do STF) e mesmo os brasileiros que estiverem com os seus direitos políticos suspensos ou perdidos (art. 15, da CF/1988).

Entendemos que aquele entre 16 e 18 anos de idade, que tem título de eleitor, pode ajuizar a ação popular sem a necessidade de assistência, porém, sempre por advogado (capacidade postulatória). Nesse sentido:

"A Constituição da República estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, "a", e XXXV, da CF/1988), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado "indispensável à administração da justiça" (art. 133, da CF/1988 e art. 1º, da Lei nº 8.906/1994), com as ressalvas legais. [...] Incluem-se, ainda, no rol das exceções, as ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º, da Lei nº 9.099/1995) e as ações trabalhistas (art. 791, da CLT), não fazendo parte dessa situação privilegiada a ação popular" (AO 1.531-AgR, voto da Min. Cármen Lúcia, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).

---

[207] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

[208] MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. Em igual sentido, após interessante análise, cf. TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*. Cf., ainda, BEZNOS, Clóvis: *Ação popular e ação civil pública* e ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

Teoricamente, se houver reciprocidade (art. 12, § 1º, da Lei nº 9.099/1995), o português poderá ajuizar a ação popular. Na prática, contudo, como existe vedação da Constituição de Portugal, não seria possível, pois não há como estabelecer a reciprocidade.

No polo passivo, de acordo com o art. 6º, da Lei nº 9.099/1995, que é extremamente minucioso, figurarão o agente que praticou o ato, a entidade lesada e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público.

O art. 6º, § 3º, da Lei nº 9.099/1995, permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, abstenha-se de contestar o pedido ou atue ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

O Ministério Público, parte pública autônoma, funciona como fiscal, da Lei (de modo mais abrangente, o art. 179, caput, do CPC, fala em "fiscal da ordem jurídica"), mas se o autor popular desistir da ação poderá (entendendo presentes os requisitos) promover o seu prosseguimento (art. 9º, da Lei nº 9.099/1995).

14.11.7.5 Competência

14.11.7.5.1 Regra geral – juízo de primeiro grau

As regras de competência dependerão da origem do ato ou omissão a serem impugnados. Para exemplificar, se o patrimônio lesado for da União, competente será a Justiça Federal (vide art. 5º, da Lei nº 9.099/1995), e assim por diante.

Cabe alertar que "a competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, em regra, do juízo competente de primeiro grau. Precedentes. Julgado o feito na primeira instância, se ficar configurado o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base no art. 102, I, "n", da CF/1988" (AO 859-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2003).

Assim, pode ser que, fugindo à regra geral da competência do juízo de primeiro grau, caracterize-se a competência originária do STF para o julgamento da ação popular, como nas hipóteses no art. 102, I, "f"[209] e "n"[210], da CF/1988, quais sejam, respectivamente:

---

[209] Cf. julgamento da ação popular que buscava atacar decreto presidencial que demarcou área indígena denominada Raposa Serra do Sol (Rcl 3.813/RR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2006. Precedentes citados: ACO 359 QO/SP, DJU de 1994; Rcl 424/RJ, DJU de 1996; Rcl 2.833/RR, DJU de 2005 e Rcl 3.331/RR, Inf. 433/STF). Ainda, cf. ACO 622, ação popular que buscava declarar a nulidade da Res. nº 507/2001, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pela qual se instituiu CPI para apurar as causas do acidente da plataforma P-36 da Petrobras, localizada na Bacia de Campos.

[210] Cf. indicação no Inf. 443/STF.

• as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

• a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

14.11.7.5.2 SEBRAE – Competência da Justiça comum

Segundo compilado no Inf. 447/STF, "compete à Justiça Comum o julgamento de causas que envolvam o SEBRAE", e não à Justiça Federal. Isso porque "... entendeu-se que o referido ente não corresponde à noção constitucional de autarquia, a qual deve ser criada por Lei específica (art. 37, XIX, da CF/1988) e não na forma de sociedade civil, com personalidade de direito privado, como no caso. Ademais, asseverou-se que o disposto no art. 20, "c", da Lei nº4.717/1965 não transformou em autarquia as entidades de direito privado que recebem e aplicam contribuições parafiscais, mas apenas as incluiu no rol de proteção da ação popular. Precedente citado: RE 336.168/SC (DJU de 2004)" (RE 414.375/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2006).

14.11.7.5.3 Ação popular contra o CNMP – incompetência do STF

O STF "... não conheceu de ação popular ajuizada por advogado contra o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, na qual se pretendia a nulidade de decisão, por este proferida pela maioria de seus membros, que prorrogara o prazo concedido, pela Res. 5/2006-CNMP, aos membros do Ministério Público ocupantes de outro cargo público, para que estes retornassem aos órgãos de origem. Entendeu-se que o art. 102, I, "r", da CF/1988 ("Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal [...] I – processar e julgar, originariamente [...] "r" – as ações contra o [...] Conselho Nacional do Ministério Público;), introduzida pela EC nº 45/2004, refere-se a ações contra os respectivos colegiados e não aquelas em que se questiona a responsabilidade pessoal de um ou mais conselheiros, caso da ação popular. Salientou-se, tendo em conta o que disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que o CNMP, por não ser pessoa jurídica, mas órgão colegiado da União, nem estaria legitimado a integrar o polo passivo da relação processual da ação popular. Asseverou-se, no ponto, que, ainda que se considerasse a menção ao CNMP como válida à propositura da demanda contra a União, seria imprescindível o litisconsórcio passivo de todas as pessoas físicas que, no exercício de suas funções no colegiado, tivessem concorrido para a prática do ato, ou seja, os membros que compuseram a maioria dos votos da decisão

impugnada. Por fim, ressaltando a jurisprudência da Corte no sentido de, tratando-se de ação popular, admitir sua competência originária somente no caso de incidência do art. 102, I, "r", da CF/1988 ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro, concluiu-se que, mesmo que emendada a petição inicial no tocante aos sujeitos passivos da lide e do pedido, não seria o caso de competência originária" (Pet 3.674 QO/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, Inf. 443/STF).

14.11.7.5.4 Incompetência originária do STF e indicação do órgão competente

Aproveitamos a análise do precedente anterior[211] para discutir se o STF deveria, além de reconhecer a sua incompetência originária, remeter os autos ao juízo competente.

Como se sabe, o STF reconheceu o princípio da reserva constitucional de competência originária, e, assim, toda a atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/1988, pedindo-se vênia para transcrever o importante precedente:

"O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o STF, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (art. 102, I, "b" e "c", da CF/1988), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (art. 102, I, "d", da CF/1988). Precedentes" (Pet 1.738-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1999, DJ de 1999).

Partindo dessa premissa, resta analisar se o STF deve ou não indicar o órgão que repute competente, na hipótese de não reconhecer a sua competência originária.

Após longa discussão, com argumentos interessantes trazidos pelo Min. Lewandowski, o STF entendeu, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC/1973 e do art. 21, § 1º, do RISTF, na redação dada pela ER nº 21/2007-RISTF, que é atribuição do STF indicar o órgão que repute competente para o julgamento do feito ajuizado originariamente, atribuição essa autorizada, inclusive, ao Relator monocraticamente (cf. Pet 3.986 AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008, Inf. 512/STF).

---

[211] No mesmo sentido, cf.: AO 1.137 AgR/DF (DJU de 2005); AO 1.139 AgR/DF (DJU de 2005); MS 25.087/SP (DJU de 2007); MS 26.006 AgR/DF (DJE de 2008); Pet 3.986 AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2008 (Inf. 512/STF).

14.11.7.6 Outras regras

Desde que presentes os requisitos legais (*periculum in mora e fumus boni iuris*), é possível a concessão de liminar, podendo a ação popular ser tanto preventiva, visando evitar atos lesivos, como repressiva, buscando o ressarcimento do dano, a anulação do ato, a recomposição do patrimônio público lesado, indenização etc.

A coisa julgada se opera *secundum eventum litis*, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser infundada, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*. No entanto, se a improcedência se der por deficiência de provas, haverá apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18, da Lei nº4.717/1965), já que não terá sido analisado o mérito.

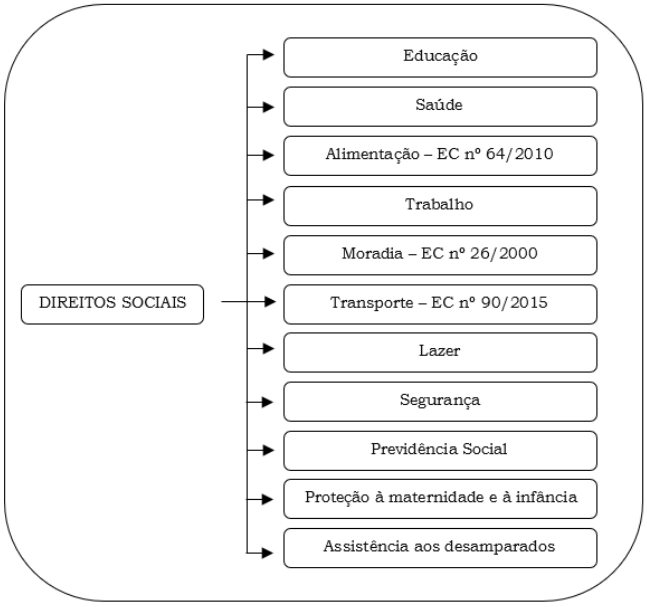
Julgada improcedente a ação (art. 485 e art. 487, do CPC), só produzirá efeitos depois de passar pelo duplo grau obrigatório de jurisdição. Julgada procedente, a apelação será recebida no seu duplo efeito: devolutivo e suspensivo (art. 19, da Lei nº4.717/1965).

O autor da ação popular é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

15 DIREITOS SOCIAIS

Sumário: 15.1 Aspectos Gerais 15.2 Breves Comentários Aos Direitos Sociais 15.3 "PEC da Felicidade" – PEC nº 513/2010-CD e PEC nº 19/2010-SF 15.4 Direitos Relativos Aos Trabalhadores 15.5 "Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" Na Problemática Dos Direitos Sociais, Culturais E Econômicos (Canotilho)

15.1 Aspectos Gerais



Nos termos do art. 6º, da CF/1988, na redação dada pelas EC nº. 26/2000, EC nº 64/2010 e EC nº 90/2015, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Trata-se de desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito, tendo como documentos marcantes a Constituição mexicana de 1917, a de Weimar, na Alemanha, de 1919, e, no Brasil, a de 1934.

Sem dúvida, os direitos sociais previstos no art. 6º, da CF/1988, caracterizam-se como o conteúdo da ordem social, que aparece bem delimitada em um título próprio da Constituição e que será estudada no item 19.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais "disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto", sendo que "os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas

necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos".[1]

Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/1988).

Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II, da CF/1988), os direitos sociais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

15.2 Breves Comentários Aos Direitos Sociais

Podemos, então, fazer alguns breves comentários sobre cada um dos direitos sociais elencados no art. 6º, da CF/1988:

15.2.1 Direito à educação

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Importante destacar que, nos termos da SV 12/STF, "a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da CF/1988".

Chamamos, aqui, atenção para a discussão que surgiu na ADO 1.698 (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ajuizada em 1997 pelos partidos políticos PT, PC do B e PDT, e que veio a ser decidida pelo STF depois de 12 anos de tramitação.

Os partidos requeriam a declaração de inconstitucionalidade em razão da inércia governamental na área da educação, pedindo o reconhecimento de que o Governo estava sendo omisso na erradicação do analfabetismo e, assim, que se fixasse o prazo de 30 dias para a adoção de medidas efetivas.

O STF, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, apesar de reconhecer que muito ainda precisa ser feito em relação à educação no Brasil, julgou improcedente o pedido. Vejamos:

"1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder

[1] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e, da Lei nº 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente" (ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

15.2.2 Direito à saúde

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos, da Lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197, da CF/1988).

Como se sabe, a doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

15.2.3 Direito à alimentação

De acordo com a justificação da PEC nº 21/2001-SF, "o direito à alimentação foi reconhecido pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1993, em reunião realizada na cidade de Viena. Integrada por 52 países, e contando com o voto favorável do Brasil, registrando apenas um voto contra (EUA), a referida Comissão da ONU com essa decisão histórica enriqueceu a Carta dos Direitos de 1948, colocando em primeiro lugar, entre os direitos do cidadão, a alimentação" (cf. art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

Antes mesmo, da EC nº 64/2010, que introduziu o direito à alimentação como direito social, a Lei nº 11.346/2006, regulamentada pelo Decreto nº 7.272/2010, já havia criado o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada.

O art. 2º, da Lei nº 11.346/2006, define a alimentação adequada como direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à

realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Assim, muito bem-vinda a previsão constitucional da alimentação como direito social, apesar do atraso, diga-se de passagem.

15.2.4 Direito ao trabalho

Trata-se, sem dúvida, de relevante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, como estabelece o art. 170, caput, da CF/1988. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, sobressai a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/1988). Aparece como fundamento da República (art. 1º, IV, da CF/1988), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa.

15.2.5 Direito à moradia

O direito à moradia foi previsto de modo expresso como direito social pela EC nº 26/2000.

Apesar dessa incorporação tardia ao texto, desde a promulgação da Constituição o direito de moradia já estava amparado, pois, na dicção do art. 23, IX, da CF/1988, todos os entes federativos têm competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Também, partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF/1988) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5º, XI, da CF/1988), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X, da CF/1988, estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Parece-nos, também, que a Lei nº 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, encontra fundamento no art. 6º, da CF/1988.

Entre as ressalvas da referida lei, ou seja, não proteção mesmo em se tratando do único bem imóvel, está a figura do fiador em contrato de aluguel (art. 3º, VII, da CF/1988).

Levada a questão ao STF, por 7 x 3, em 2006, entenderam os Ministros que “o único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário”, e, assim, não violando o direito de moradia enquanto direito fundamental (RE 407.688; AI 576.544-AgR-AgR).

Isso porque, fortalecendo o entendimento, nos termos do direito de liberdade, ninguém é obrigado a ser fiador, mas, assumindo esse encargo, terá de arcar com responsabilidades.

Ainda, a ressalva constante do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 (não aplicação da regra da impenhorabilidade para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar) também é constitucional, segundo a interpretação do STF, não violando o direito à moradia, nem mesmo o direito de propriedade.

No caso, entendeu-se que "... não haveria que se falar em impenhorabilidade do imóvel, uma vez que o pagamento de contribuição condominial (obrigação *propter rem*) é essencial à conservação da propriedade, isto é, à garantia da subsistência individual e familiar – dignidade da pessoa humana. Asseverou-se que a relação condominial tem natureza tipicamente de uma relação de comunhão de escopo, na qual os interesses dos contratantes são paralelos e existe identidade de objetivos, em contraposição à de intercâmbio, em que cada parte tem por fim seus próprios interesses, caracterizando-se pelo vínculo sinalagmático" (Inf. 455/STF – RE 439.003, Rel. Min. Eros Grau, j. 2007, DJ de 2007).

15.2.6 Direito ao transporte

O transporte está intimamente ligado à noção de mobilidade das pessoas e apresenta-se como direito-meio para a implementação de vários outros direitos fundamentais (e sociais), como a educação, a saúde, a alimentação, o lazer, o direito de ir e vir etc. (justificação apresentada no encaminhamento da PEC nº 90/2011).

Dessa forma, o transporte, especialmente o público, cumpre uma inegável função social e se apresenta como fundamental para aqueles que não possuem meios próprios de locomoção, constituindo-se como "elemento de vital importância para assegurar as condições necessárias para uma vida digna" (parecer CCJC/CD).

A dura realidade de muitas cidades denuncia o colapso do modelo atual, havendo muitos que não conseguem arcar com as tarifas e, assim, não conseguem voltar para suas casas depois do trabalho, ou que passam várias horas do dia em deslocamento seja para o trabalho ou mesmo escola.

Assim, a introdução do transporte como direito social significa importante passo para que sejam encontradas novas fontes de financiamento para a criação de um novo modelo digno e com possibilidade de acesso a todos.

15.2.7 Direito ao lazer

Na lição de José Afonso da Silva, "lazer e recreação são funções urbanísticas, daí por que são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que

constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. "Lazer" é entrega à ociosidade repousante. "Recreação" é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folguedos e alegrias".[2]

Por fim, cabe lembrar que o art. 217, § 3º, da CF/1988, estabelece ser dever do Poder Público incentivar o lazer como forma de promoção social.

15.2.8 Direito à segurança

O direito à segurança também aparece no caput do art. 5º, da CF/1988. Porém, a previsão no art. 6º, da CF/1988, tem sentido diverso daquela no art. 5º, da CF/1988. Enquanto lá está ligada à ideia de garantia individual, aqui, no art. 6º, da CF/1988, aproxima-se do conceito de segurança pública, que, como dever do Estado, aparece como direito e responsabilidade de todos, sendo exercida, nos termos do art. 144, caput, da CF/1988, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

15.2.9 Direito à previdência social

Conforme anotou José Afonso da Silva, previdência social "é um conjunto de direitos relativos à seguridade social. Como manifestação desta, a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado-providência (Welfare State), sem, no entanto, assumir características socializantes – até porque estas dependem mais do regime econômico do que do social".[3]

15.2.10 Proteção à maternidade e à infância

15.2.10.1 Regras gerais

Partindo do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o texto de 1988 consagrou a proteção à maternidade como indiscutível direito social.

A proteção à maternidade aparece tanto com natureza de direito previdenciário (art. 201, II, da CF/1988) como de direito assistencial (art. 203, I, da CF/1988).

A teor do art. 201, II, da CF/1988, a proteção à maternidade deverá ser atendida pela previdência social, sendo um dos objetivos da assistência social.

---

[2] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*
[3] *Ibid.*

Cabe registrar que essa desoneração do empregador já havia sido assegurada anteriormente pela Lei nº 6.136/1974, caracterizando importante conquista no sentido da não discriminação entre o homem e a mulher no momento da contratação.

O art. 7º, da CF/1988, estabeleceu a licença à gestante (art. 7º, XVIII, da CF/1988) como um dos direitos dos trabalhadores, assim como a licença-paternidade (art. 7º, XIX, da CF/1988).

De modo específico, a Lei nº 13.363/2016 alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) e a Lei nº 13.105/2015 (CPC), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai (recomendada a sua leitura para as provas e concursos).

Por sua vez, o art. 39, § 3º, da CF/1988, garantiu a licença-gestante à servidora pública e a licença-paternidade ao servidor.

A Constituição determinou, ainda, que a licença à gestante será de 120 dias, sendo a licença-paternidade de 5 dias (até que a Lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da CF/1988, – art. 10, § 1º, do ADCT).

Os prazos para a licença à gestante de 120 dias e para a licença-paternidade de 5 dias também foram estabelecidos para os servidores públicos nos art. 207 e art. 208, da Lei nº 8.112/1990.

A Lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, regulamentada pelo Decreto nº 7.052/2009, permitiu a prorrogação da licença-maternidade por 60 dias, mediante incentivos fiscais às empresas, totalizando, assim, o período de 180 dias.

Essa novidade, contudo, mostra-se tímida e discriminatória, pois, de acordo com o art. 5º, caput, da Lei nº 11.770/2008, restringe-se à pessoa jurídica tributada com base no lucro real, não atingindo, portanto, a maioria das empresas, nem mesmo aquelas optantes pelo Simples, além de depender da vontade do empresário de aderir ao programa.

Em igual sentido, referida Lei autorizou a administração pública direta, indireta e fundacional a instituir programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, consolidando-se tal previsão, no âmbito federal, nos termos do Decreto nº 6.690/2008.

Posteriormente, a Lei nº 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) ampliou, expressamente, o mencionado Programa Empresa Cidadã para a licença-paternidade, estabelecendo a possibilidade de sua prorrogação por 15 dias, além dos 5 já estabelecidos no ADCT, podendo chegar, assim, a 20 dias. Essa prorrogação, contudo, depende da formal adesão da pessoa jurídica ao programa e de requerimento do beneficiário, não sendo, portanto, automática.

A prorrogação está garantida, naturalmente, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

De modo coerente, o Decreto nº 8.737/2016 instituiu o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/1990.

E os militares?

A Lei nº 13.109/2015 dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas. O silêncio, da Lei nº 13.257/2016 veio a ser corrigido pela Lei nº 13.716/2018. De acordo com a nova redação dada ao art. 6º, da Lei nº 13.257/2016, pelo nascimento de filho, adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, o militar terá licença-paternidade de 20 dias consecutivos, vedada a prorrogação.

Lembramos, ainda, o art. 18, § 3º, da Lei nº 13.301/2016 ("Lei do Mosquito") estabelece a licença-maternidade de 180 dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo Aedes aegypti. Em nosso entender, não faz sentido a previsão do prazo dilatado apenas para as crianças com sequelas (microcefalia) decorrentes de doenças transmitidas pelo Aedes aegypti. E as outras síndromes? A lógica do prazo de 180 dias é para o cuidado maior com a criança, e, assim, entendemos que o Judiciário poderá corrigir essa distorção, tendo como parâmetro a Lei em análise (no momento do fechamento da presente edição estava em tramitação a MP nº 894/2019, que revogou o referido art. 18, da Lei nº 13.301/2016 – pendente).

Por isso, parece-nos fundamental a aprovação da PEC nº 30-A/2007, apensada à PEC nº 515/2010, que aumenta a licença à gestante para 180 dias.

Cumpre, por fim, assinalar que a proteção à infância tem natureza assistencial (art. 203, I e II, da CF/1988), havendo expressa previsão de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem nos termos do art. 227, com a redação dada pela EC nº 65/2010 (destacamos a Lei nº 12.852/2013, que instituiu o Estatuto da Juventude e dispôs sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE, bem como a Lei nº 13.257/2016, que instituiu o Estatuto da Primeira Infância).

15.2.10.2 Licença adotante x licença gestante

No âmbito do direito do trabalho as conquistas asseguradas à licença adotante foram mais efetivas do que no âmbito estatutário.

Em um primeiro momento, a Lei nº 10.421/2002 introduziu o art. 392-A na CLT, assegurando à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança a licença-maternidade nos termos do art. 392, da CLT. Essa garantia, contudo, foi prevista de forma escalonada, de acordo com a idade da criança.

Depois de muita luta, finalmente, a Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção) igualou os prazos da licença adotante e da licença gestante, independentemente da idade da criança adotada, revogando a regra de escalonamento prevista no art. 392-A da CLT.

A Reforma Trabalhista, por sua vez, ao introduzir o art. 611-B, XXX, da CLT, estabeleceu constituir objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução, dentre outros direitos, da regra prescrita no referido art. 392-A, da CLT.

Essas conquistas do direito do trabalho, contudo, não foram observadas no âmbito da Lei nº 8.112/1990, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, cujo art. 210, da Lei nº 8.112/1990, fixava a licença adotante em prazo menor em relação à licença gestante, fruto de maternidade biológica, estabelecendo, ainda, criticável escalonamento de acordo com a idade da criança (90 dias se a criança adotada tivesse menos de 1 ano e 30 dias no caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 ano de idade, assim como respectivas prorrogações de 45 e 15 dias).

Dessa forma, enquanto as contratações regidas pela CLT asseguravam a igualdade entre a licença adotante e a licença gestante (e suas prorrogações), independentemente da idade da criança adotada, no âmbito das contratações com vínculo estatutário o prazo era distinto.

Essa disparidade foi questionada no STF, que, no julgamento do RE 778.889, por 8 x 1, estabeleceu a seguinte tese ao julgar o tema 782 da repercussão geral: "os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada" (j. 2016, Plenário, DJE de 2016).

Recomendamos a leitura do brilhante voto do Min. Relator Luís Roberto Barroso que, de maneira bastante acertada, declara inconstitucional o art. 210, da Lei nº 8.112/1990 e o art. 3º, § 1º e § 2º, da Res. nº 30/2008-CJF, firmando o seguinte entendimento:

• abrangência: "a licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da CF/1988, abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor";

• grupo vulnerável e fragilizado: as crianças adotadas necessitam de "esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas": "princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente";

• impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas: "quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva": "princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente";

• dignidade e autonomia da mulher para eleger os seus projetos de vida: “dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente”: “ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas”;

• mutação constitucional: “alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF” (para conhecimento do entendimento superado, cf. RE 197.807, j. 2000).

15.2.11 Assistência aos desamparados

O direito social de assistência aos desamparados é materializado pelo art. 203, da CF/1988, ao estatuir que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Além disso, conforme o disposto no art. 204, da CF/1988, as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, da CF/1988, além de outras fontes.

Sem dúvida, dentro da ideia de Estado prestacionista, ações afirmativas deverão ser implementadas.

15.3 “PEC da Felicidade” – PEC nº 513/2010-CD e PEC nº 19/2010-SF

Devemos deixar consignada a previsão de importantes PECs, tanto na Câmara dos Deputados (Deputada Manuela D”Ávila) como no Senado (Senador Cristovam Buarque), apresentadas conjuntamente na busca de aperfeiçoamento do art. 6º, da CF/1988, que passará a ter a seguinte redação: Art. 6º – são direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

As PECs em comentário visam proteger não a felicidade em seu aspecto subjetivo, o que significaria a busca de sentimentos muito particulares, mas, notadamente, o aspecto objetivo da felicidade que, segundo as propostas, pode ser normatizado no sentido de que a concretização dos direitos sociais leva a um estado geral (coletivo) de felicidade.

De acordo com as justificativas, “há felicidade coletiva quando são adequadamente observados os itens que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, justamente os direitos sociais

– uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais bem desenvolvida, em que todos tenham acesso aos básicos serviços públicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer, dentre outros".

Em suas justificativas, os parlamentares lembram que a felicidade, enquanto direito, encontra-se positivada em diversos documentos, por exemplo:

• Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776): outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade;

• Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789): "primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral";

• Preâmbulo da Carta Francesa de 1958: "consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui, à toda a evidência, a felicidade geral ali preconizada";

• Reino do Butão: "estabelece, como indicador social, um Índice Nacional de Felicidade Bruta (INFB), mensurado de acordo com indicadores que envolvem bem-estar, cultura, educação, ecologia, padrão de vida e qualidade de governo, determinando o art. 9º daquela Constituição o dever do Estado de promover as condições necessárias para o fomento do INFB";

• Constituição do Japão: o art. 13 "determina que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade, desde que isso não interfira no bem-estar público, devendo o Estado, por leis e atos administrativos, empenhar-se na garantia às condições por atingir a felicidade";

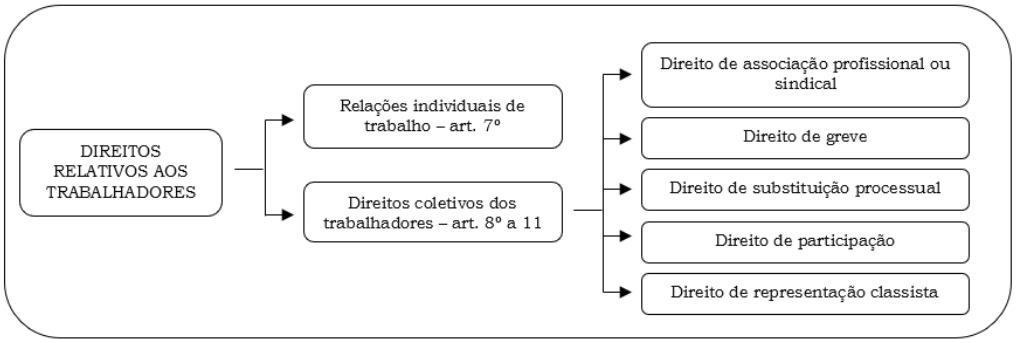
• Carta da Coreia do Sul: o art. 10 estabelece que "todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos".

Assim, muito importante a previsão e esperamos que o Congresso Nacional aprove a referida PEC.

Nessa linha, não podemos deixar de mencionar decisão proferida em 2006 pelo Juiz Guilherme de Macedo Soares, que, dentre outros argumentos, tendo por fundamento a "felicidade", reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em suas palavras, "que fique claro que a felicidade aqui tratada não é aquela que não tem parâmetros, que invade a esfera jurídica do próximo ou até mesmo do Estado. Não, refiro-me àquela a que todos nós temos direito de ter e de buscar. O ser humano não pode ser digno, ser livre, se não é feliz" (argumentos da decisão).

15.4 Direitos Relativos aos Trabalhadores[4]



15.4.1 Direitos sociais individuais dos trabalhadores

O art. 7º, da CF/1988, estabelece um rol de direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, caput, da CF/1988), assim como dos avulsos (art. 7º, XXXIV, da CF/1988) e dos domésticos, cujos direitos foram profundamente ampliados pela EC nº 72/2013 (art. 7º, parágrafo único, da CF/1988).

Cabe lembrar, ainda, que, nos termos do art. 39, § 3º, da CF/1988, aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da CF/1988, podendo a Lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Assim, pedimos vênia para transcrever os direitos sociais individuais dos trabalhadores:

• relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei Complementar,[5] que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

• seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

• fundo de garantia do tempo de serviço;

CUIDADO: o STF, por maioria (7 x 3), alterando a jurisprudência que vigorava por mais de 20 anos (RE 134.328, RE 116.761 e RE 120.189) estabeleceu que o prazo prescricional para a cobrança judicial de valores devidos, pelos empregados e pelos tomadores de serviço, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, é de 5 anos, observado o limite de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho para o ajuizamento da ação (art. 7º, XXIX, da CF/1988), e não mais de 30 anos, conforme o entendimento anterior, declarando a inconstitucionalidade dos art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/1990 (ARE 709.212 – *leading case*, Rel. Min. Gilmar

[4] Remetemos o ilustre leitor para o aprofundamento da matéria nos livros de direito e processo do trabalho, até porque foge do nosso objetivo abordar em detalhes os referidos temas.

[5] Cf. art. 10, I e II, do ADCT e LC nº 146/2014.

Mendes, j. 2014, Plenário, DJE de 2015, tema 608 da repercussão geral. Em igual sentido, cf. RE 522.897, j. 2017, Plenário).

Assim, diante da ruptura drástica que se estabeleceu em relação à jurisprudência que preponderava (alteração do prazo prescricional de 30 para 5 anos), caracterizada a denominada "viragem jurisprudencial", a Corte, em respeito aos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito (impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico) (Celso de Mello), determinou a modulação dos efeitos da decisão (técnica do *prospective overruling*), dando efeitos a partir de então (efeitos *ex nunc*), flexibilizando, assim, o princípio da nulidade.

Referida proposta de modulação pelo Min. Relator Gilmar Mendes foi acompanhada pela maioria do STF no seguinte sentido: "... para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de 5 anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento" (ARE 709.212).

Em razão desse entendimento, de maneira coerente, o TST editou a Res. 198/2015-TST, modificando o conteúdo da S. 362,[6] que incorporou integralmente o entendimento do STF (diferentemente do TST, o STJ, até o fechamento desta edição, ainda não havia alterado a S. 210, que, em nosso entender, encontra-se superada).

Em *obiter dictum*, porque esse não era o objeto da demanda, a Corte sinalizou também pela aplicação da prescrição quinquenal quando a cobrança do FGTS for feita pelo próprio Fundo. Entendeu-se tratar-se o FGTS de norma acessória ao salário e resultante da relação de trabalho (dela decorrente), tendo inegável índole social e trabalhista.

• salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

---

[6] S. 362/TST: "FGTS. PRESCRIÇÃO: 1. Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 2014 (data do novo entendimento do STF, acrescente-se), é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 anos após o término do contrato; 2. Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir de 2014 (STF-ARE-709.212/DF)" (redação dada pela Res. nº 198/2015).

Buscando atingir os objetivos constitucionais, destacamos a Lei nº 12.382/2011, que dispôs sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo, até 2015.

De acordo com o art. 3º, da Lei nº 12.382/2011, os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º, da Lei nº 12.382/2011, serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos da referida Lei, que divulgará a cada ano os valores mensal, diário e horário do salário mínimo.

Contra essa sistemática normativa de divulgação oficial do valor do salário mínimo por Decreto presidencial, foi ajuizada a ADI 4.568, sustentando-se a necessidade de Lei em sentido formal, a ser editada anualmente.

Em 2011, por 8 x 2, o STF declarou constitucional o procedimento determinado na lei:

"EMENTA: [...]. A exigência constitucional de Lei formal para fixação do valor do salário mínimo está atendida pela Lei 12.382/2011. A utilização de Decreto presidencial, definida pela Lei 12.382/2011 como instrumento de anunciação e divulgação do valor nominal do salário mínimo de 2012 a 2015, não desobedece o comando constitucional posto no art. 7º, IV, da CF/1988. A Lei 12.382/2011 definiu o valor do salário mínimo e sua política de afirmação de novos valores nominais para o período indicado (art. 1º e art. 2º, Lei 12.382/2011). Cabe ao presidente da República, exclusivamente, aplicar os índices definidos legalmente para reajuste e aumento e divulgá-los por meio de decreto, pelo que não há inovação da ordem jurídica nem nova fixação de valor" (ADI 4.568, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2012).

Em seguida, mantendo a mesma linha da legislação anterior, a Lei nº 13.152/2016 também delineou política de valorização do salário mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, para vigorar entre 2016 e 2019, prescrevendo não apenas reajustes para preservação do poder aquisitivo como, também, percentuais para refletir aumento real.

É de referir, ainda, a definição firme fixada pelo STF na SV. 4: "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

• piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

Muito embora a vedação constante do art. 7º, IV, da CF/1988, explicitada na citada SV. 4/STF, a Suprema Corte fez importante distinção entre o salário mínimo e o piso salarial.

Este último vem sendo fixado em valores distintos, seja em relação a categorias, seja em relação aos trabalhadores ou servidores dos Estados ou do DF.

Destacamos a LC nº 103/2000 que, em razão da regra contida no art. 22, parágrafo único, da CF/1988, autorizou os Estados e o DF a instituir, mediante Lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o art. 7º, V, da CF/1988, para os empregados

que não tenham piso salarial definido em Lei Federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Há, inclusive, decisão do STF afirmando que, se já houver Lei Federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, não terá o Estado competência para tratar do assunto, nem mesmo no sentido de se estabelecer um piso regional maior.[7]

De acordo com a referida Lei Complementar federal, não obstante o piso salarial possa ser estendido aos empregados domésticos, a autorização não poderá ser exercida: a) no segundo semestre do ano em que se verificar eleição para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados Estaduais e Distritais; b) em relação à remuneração de servidores públicos municipais.

Confira interessante julgado, aprofundando o instituto do piso salarial:

"... A Lei questionada não viola o princípio do pleno emprego. Ao contrário, a instituição do piso salarial regional visa, exatamente, reduzir as desigualdades sociais, conferindo proteção aos trabalhadores e assegurando a eles melhores condições salariais. Não viola o poder normativo da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, da CF/1988) o fato de a Lei Estadual não ter excluído dos seus efeitos a hipótese de piso salarial determinado em dissídio coletivo. A Lei atuou nos exatos contornos da autorização conferida pela delegação legislativa. A Lei impugnada realiza materialmente o princípio constitucional da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado aos trabalhadores agraciados com a instituição do piso salarial regional visa reduzir as desigualdades sociais. A LC nº 103/2000 teve por objetivo maior assegurar àquelas classes de trabalhadores menos mobilizadas e, portanto, com menor capacidade de organização sindical, um patamar mínimo de salário. A fim de manter-se o incentivo à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF/1988), os pisos salariais regionais somente serão estabelecidos por Lei naqueles casos em que não haja convenção ou acordo coletivo de trabalho. As entidades sindicais continuarão podendo atuar nas negociações coletivas, desde que respeitado o patamar mínimo legalmente assegurado. A parte final do parágrafo único do art. 2º da LC 459/2009 (estadual, acrescente-se), ao determinar a participação do "Governo do Estado de Santa Catarina" nas negociações entre as entidades sindicais de trabalhadores e empregadores para atualização dos pisos salariais fixados na referida Lei Complementar, ofende o princípio da autonomia sindical (art. 8º, I, da CF/1988)

[7] Art. 1º, da Lei nº 5.627/2009-RJ: "No Estado do Rio de Janeiro, o piso salarial dos empregados, integrantes das categorias profissionais abaixo enunciadas, que não o tenham definido em Lei Federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho que o fixe a maior, será de: (...)". Analisando esse dispositivo, decidiu o STF: "... A expressão "que o fixe a maior" contida no art. 1º, caput, da Lei nº 5.627/2009-RJ tornou os valores fixados na Lei Estadual aplicáveis, inclusive, aos trabalhadores com pisos salariais estabelecidos em Lei Federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho inferiores a esse. A inclusão da expressão extrapola os limites da delegação legislativa advinda da LC nº 103/2000, violando, assim, o art. 22, I e parágrafo único, da CF/1988, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho" (ADI 4.391, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário, DJE de 2011). Devemos informar que a referida Lei nº 5.627/2009-RJ foi revogada pela Lei nº 5.950/2011-RJ, estando atualmente a matéria regulada pela Lei nº 6.402/2013-RJ.

e extrapola os contornos da competência legislativa delegada pela União. As negociações coletivas devem ocorrer com a participação dos representantes dos empregadores e dos trabalhadores, sem intromissão do governo (princípio da negociação livre). Ao criar mecanismo de participação estatal compulsória nas negociações coletivas, o Estado de Santa Catarina legisla sobre "direito coletivo do trabalho", não se restringindo a instituir o piso salarial previsto no art. 7º, V, da CF/1988" (ADI 4.364, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).[8]

• irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

• garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

• décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

• remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

• proteção do salário na forma, da Lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

• participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

• salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos, da Lei (redação dada pela EC nº 20/1998);

• duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (vide DL nº 5.452/1943);

• jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

• repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

• remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal (vide art. 59, § 1º, DL nº 5.452/1943);

• gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

• licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (cf. Lei nº 11.770/2008, que admite a prorrogação da licença por mais 60 dias – e acompanhem a tramitação da PEC nº 30-A/2007, que aumenta a licença à gestante para 180 dias);

• licença-paternidade, nos termos fixados em lei, atualmente de 5 dias, de acordo com o art. 10, § 1º, do ADCT (cf. alteração, da Lei nº 11.770/2008 pela Lei nº 13.257/2016 –

[8] Para aprofundamento do assunto, cf. interessante voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes: ADPF 151-MC, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, Plenário, DJE de 2011 (mérito da matéria pendente de julgamento).

Estatuto da Primeira Infância, que admite a prorrogação da licença-paternidade por mais 15 dias);

• proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos, da Lei;

• aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias, nos termos, da Lei;

Vale lembrar a publicação, da Lei nº 12.506/2011, regulamentando o aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, da CF/1988), que será concedido na proporção de 30 dias aos empregados que contem até 1 ano de serviço na mesma empresa, sendo acrescidos 3 dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias (quando, para essa hipótese, terá o empregado de ter trabalhado, na mesma empresa, por 21 anos – todo desdobramento dessa nova regra deverá dar-se nos livros de direito do trabalho).

• redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

• adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma, da Lei;

• aposentadoria;

• assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (redação dada pela EC nº 53/2006);

• reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

O STF estabeleceu que a situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho deve ser vista de modo mitigado no âmbito do direito coletivo do trabalho. Assim, afastando a regra contida no art. 477, § 2º, CLT, prestigiando a "autonomia coletiva da vontade" e a "autocomposição dos conflitos trabalhistas" (art. 7º, XXVI,da CF/1988), entendeu a Corte que "a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado" (RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2015, Plenário, DJE de 2015. Referida tese foi mantida e reafirmada no julgamento dos embargos de declaração, que também não acolheu o pleito de modulação dos efeitos da decisão – j. 2016)[9] (sobre o tema e no sentido de se prestigiar a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, cf. art. 611-A, CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista).

[9] Em interessante crítica, Marcos Scalercio, juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região, em mensagem de e-mail a este autor (2016), observa que a decisão da Suprema Corte contraria a OJ nº 270 da SDI-1 do TST, que não permite a quitação geral, tendo em vista o entendimento de que os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis. Sustenta, ainda, que a admissão da quitação plena, conforme decidido pelo STF, ofende o

• proteção em face da automação, na forma, da Lei;

• seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

• ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (redação dada pela EC nº 28/2000);

• proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

• proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

• proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

• proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (redação dada pela EC nº 20/1998);

• igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

• são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII, da CF/1988, e, atendidas as condições estabelecidas em Lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos no art. 7º, I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, da CF/1988, bem como a sua integração à previdência social (EC nº 72/2013 e LC nº 150/2015).

15.4.2 Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (art. 8º ao art. 11, da CF/1988)

Os direitos sociais coletivos são aqueles exercidos pelos trabalhadores, coletivamente ou no interesse de uma coletividade, e podem ser classificados em:

• direito de associação profissional ou sindical;

• direito de greve;

• direito de substituição processual;

• direito de participação;

• direito de representação classista.

---

direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário, em razão de afastar do empregado a possibilidade de reclamar perante a Justiça Especializada

15.4.2.1 Direito de associação profissional ou sindical

Nos termos do art. 8º, caput, da CF/1988, é livre a associação profissional ou sindical, observando-se as seguintes regras:

• a Lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

• é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Nesse sentido, registramos entendimento fixado pelo STF na Súmula 677: "até que Lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade" (j. 2003, Plenário, DJ de 2003).

Apesar de entendimento contrário já manifestado pela 1ª T. (RE 370.834)[10], a necessidade de registro no Ministério do Trabalho tem sido a orientação da Corte. Conforme observou o Min. Gilmar Mendes, "a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a Constituição Federal exige o registro sindical no órgão competente com a finalidade de proteger o princípio da unicidade sindical", que não admite a sobreposição, ou seja, a existência de mais de uma entidade representativa da categoria na mesma base territorial (ARE 725.060 AgR-ED, j. 2019, 2ª T.,destacando-se os seguintes precedentes: RE 740.434 AgR, j. 2019, 1ª T., DJE de 2019; RCL 4.990 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2009, Plenário, DJE 2009).

• ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

• a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

• ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

A partir desse dispositivo constitucional que consagra a liberdade de sindicalização, o STF, por 6 x 3, declarou serem "compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos, da Lei nº13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição

[10] Vejamos a ementa: "a legitimidade de sindicato para atuar como substituto processual no mandado de segurança coletivo pressupõe tão somente a existência jurídica, ou seja, o registro no cartório próprio, sendo indiferente estarem ou não os estatutos arquivados e registrados no Ministério do Trabalho" (RE 370.834, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2011, 1ª T., DJE de 2011).

sindical e condicionaram o seu pagamento à prévia e expressa autorização dos filiados" (ADI 5.794 e ADC 55 – cf. art. 578, art. 579, art. 582 e art. 587, da CLT).

• é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

• o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

• é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos, da Lei.

Finalmente, o art. 8º, parágrafo único, da CF/1988, prescreve que as disposições deste art. aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a Lei estabelecer.

15.4.2.2 Direito de greve

Apesar de as Constituições de 1824, 1891 e 1934 não terem feito nenhuma previsão sobre o direito de greve, o Código Penal de 1890 (Império) tipificava o referido instituto como crime (art. 204 ao art. 206, CP/1890).

Nessa linha, a Constituição de 1937 declarou a greve e o *lockout* como recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. Como consequência, a CLT, que foi elaborada na vigência da CF/1943, prescreveu penalidades em razão do exercício de greve (art. 723 e art. 724, da CLT que vieram a ser revogados pela Lei nº 9.842/1999).

Por outro lado, a Constituição de 1946, avançando, em seu art. 158, da CF/1946, reconheceu, expressamente, o direito de greve, sendo o seu exercício regulamentado em lei, no caso, em um primeiro momento, o DL nº 9.070/1946, muito mais simbólico do que efetivo.

A segunda Lei de greve, mais concreta, levou quase 20 anos para ser elaborada, no caso, a Lei nº 4.330/1964, posteriormente revogada pela Lei nº 7.783/1989, editada, como se observa, já na vigência, da CF/1988 e a atual Lei a disciplinar a matéria.

A Constituição de 1967, por sua vez, assegurou aos trabalhadores o direito de greve (art. 158, XXI, da CF/1967). Contudo, proibiu, expressamente, a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em Lei (art. 157, § 7º, da CF/1967), situações essas mantidas na EC nº 1/1969.

Finalmente, a Constituição de 1988 manteve o direito de greve para os trabalhadores em geral (art. 9º, da CF/1988) e, pela primeira vez, fez expressa previsão desse direito para os servidores públicos (art. 37, VII, da CF/1988). No primeiro caso, a garantia está materializada em norma de eficácia contida, já que o art. 9º, § 1º, da CF/1988, prescreve que a Lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, reduzindo, assim, a sua amplitude (cf. Lei nº

7.783/1989); no segundo, em norma de eficácia limitada, pois o seu exercício se dará nos termos e nos limites definidos em Lei específica, ainda não editada pelo Congresso Nacional.

De acordo com o art. 9º, da CF/1988, assegura-se o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, lembrando que, conforme assentou o STF, "a simples adesão à greve não constitui falta grave" (S. 316, aprovada em 1963).

A Lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sendo que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas, da Lei (cf. Lei nº 7.783/1989).

Como estudado no item 14.11.5.7, uma vez que ainda não foi disciplinado o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CF/1988), o STF, no julgamento conjunto dos MIs nº. 670, 708 e 712, determinou a aplicação, da Lei da iniciativa privada (a citada Lei nº 7.783/1989) até que a matéria seja regulamentada pelo Congresso Nacional (j. 2007).

CUIDADO: entendeu o STF (cf. item 13.7.9) que alguns serviços públicos, em razão de sua essencialidade para a sociedade, deverão ser prestados em sua totalidade, como é, no caso, o serviço de segurança pública. De acordo com o entendimento da Corte, "as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV, da CF/1988)", proibindo, assim, o seu exercício pelas polícias civis (cf. Rcl 6.568, Rel. Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).

O STF, em momento seguinte, por 6 x 3, reafirmou esse entendimento ao apreciar o tema 541 da repercussão geral, fixando a seguinte tese: "o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública" (ARE 654.432, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 2017, Plenário).

E você deve estar se perguntando: mas, se o direito de greve está vedado, como poderão os policiais civis e os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública reivindicar os seus direitos?

Conforme já discutimos esse tema no item 13.7.9, a Corte estabeleceu o seguinte entendimento no julgado em análise: "é obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165, do CPC, para vocalização dos interesses da categoria" (ARE 654.432).

Já em relação aos servidores públicos, o STF firmou a seguinte tese ao apreciar o tema 531 da repercussão geral (apesar de estarmos tratando sobre os trabalhadores urbanos e rurais, parece-nos importante deixar aqui anotado, tendo em vista que o entendimento segue a linha do que vem sendo decidido também para os trabalhadores da iniciativa privada e nos termos, da Lei específica): "a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de

paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público" (RE 693.456, j. 2016).

Finalmente, como alertamos no item 11.8.4.4, o STF editou a SV 23/2009, com o seguinte teor: "a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada".

15.4.2.3 Direito de substituição processual

Conforme indicamos, nos termos do art. 8º, III, da CF/1988, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Em pleno Virtual, o STF reafirmou o seu entendimento no sentido de estabelecer que "os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos" (RE 883.642, j. 2015, destacando-se o seguinte precedente: RE 210.029, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, Plenário, DJ de 2007).

15.4.2.4 Direito de participação

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10, da CF/1988).

15.4.2.5 Direito de representação classista

Nas empresas de mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (art. 11, da CF/1988), tendo sido a matéria regulamentada nos art. 510-A ao art. 510-D, da CLT, introduzidos pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

15.5 "Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na Problemática dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos (Canotilho)[11]

Como se sabe, os direitos sociais, culturais e econômicos são denominados direitos de segunda dimensão e, para sua implementação, exigem uma prestação estatal, o que, certamente, demandará gasto público.

Surge, então, o problemático dilema entre a efetivação de determinados direitos sociais e a alocação dos recursos financeiros que são finitos, ou seja, demandam escolhas a serem implementadas por meio das políticas públicas.

Conforme anotou o Min. Celso de Mello, "essa relação dilemática [...] conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas "escolhas trágicas" (CALABRESI, Guido; BOBBITT. Philip: *Tragic Choices, 1978, W. W. Norton e Company*), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro" (voto – SL 47-AgR/PE, j. 2010).

A dificuldade intensifica-se quando se resolve enfrentar a problemática dos direitos sociais que exigem, como visto, a prestação estatal, pois, como diz Canotilho, os juristas não têm a sua exata dimensão, desprezando a necessidade de análise econômica do direito.

Em suas palavras, "como todos sabem, *fuzzy* significa em inglês "coisas vagas", "indistintas", indeterminadas. Por vezes, o estilo "*fuzzysta*" aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. Ao nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da "vagueza", "indeterminação" e "impressionismo" que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de "*fuzzysmo*" ou "metodologia *fuzzy*". Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais. Em toda a sua radicalidade, a censura do "*fuzzysmo*", lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem o que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais".[12]

Ainda, em aprofundada crítica, Canotilho denuncia a indeterminação normativa dos direitos sociais que vai repercutir na instável definição das políticas públicas. E explica, "... mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos

---

[11] As expressões são de Canotilho, em trabalho elaborado para o Colóquio de Madrid sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, realizado em 1996. Para leitura do referido estudo, cf. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, CANOTILHO, J. J. Gomes: *Estudos sobre direitos fundamentais*.

[12] *Ibid.*

em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nebulosas normativas. É aqui que surge o "camaleão normativo". A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee, há mais de quinze anos. Com ela, pretendia o Autor significar a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (*system-immanente*), quer a conteúdos normativos transcendentes ao mesmo sistema (*system-transcendente*). Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito, juridicamente definido e determinado, e sugestão de conteúdo, sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes".[13]

Essa problemática dos direitos sociais vem sendo analisada pelo STF, que ainda precisa delimitar, com mais precisão, os seus parâmetros[14] (matéria pendente). Em vários precedentes, o Tribunal já enfrentou o dilema, destacando-se dois importantes critérios de solução:

- proibição da evolução reacionária;
- integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial".

15.5.1 Princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária. Interpretação a ser dada à EC nº 86/2015 (fruto da "PEC do Orçamento Impositivo") e perspectivas lançadas pela EC nº 95/2016

Já vimos que, dentro de uma realidade de Estado Social de Direito, estabelece-se um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais, irradiando essa orientação para a condução das políticas públicas, para a atuação do legislador e para o julgador no caso de solução de conflitos.

Assim, o administrador, dentro da ideia da reserva do possível, deve implementar as políticas públicas.

O legislador, ao regulamentar os direitos, deve respeitar o seu núcleo essencial, dando as condições para a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados.

E o Judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

---

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes: *Estudos sobre direitos fundamentais*.

[14] Sugerimos a leitura do voto do Min. Gilmar Mendes na SL 47 AgR, j. 2010, estabelecendo diversos parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, bem como a confirmação da responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde e, diante da não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública, a determinação de política pública pelo Poder Judiciário, em razão da possibilidade de ocorrência de dano inverso.

Ainda, nesse mesmo contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*.

Entendemos que nem a Lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a Emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.

Segundo anotou Canotilho, "o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contrarrevolução social" ou da "evolução reacionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo".[15]

Nesse contexto, devemos destacar a aprovação da denominada "PEC do Orçamento Impositivo", transformada na EC nº 86/2015.

Estabelece-se uma necessidade de se observar um gasto mínimo federal em saúde de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (art. 198, § 2º, I, da CF/1988), valor esse a ser cumprido progressivamente e de modo escalonado dentro de 5 anos de sua promulgação, na forma do art. 2º, da EC nº 86/2015.

Devemos alertar, contudo, que o art. 3º, da EC nº 95/2016, que instituiu o "Novo Regime Fiscal" no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, revogou o mencionado art. 2º, da EC nº 86/2015, que fazia a previsão desse aumento escalonado até atingir os mencionados 15%.

Pela nova regra (art. 110, do ADCT), na vigência do regime fiscal introduzido, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde equivalerão:

• no exercício de 2017: às aplicações mínimas calculadas nos termos do art. 198, § 2º, I, da CF/1988 – (15%), não mais se tendo de aguardar o escalonamento introduzido pelo art. 2º, da EC nº 86/2015; e

• nos exercícios posteriores: aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a Lei orçamentária (tudo na forma do art. 107, § 1º, II, do ADCT).

Essa regra, na linha da anterior, também fixa um piso, ou seja, um mínimo a ser investido em saúde e educação, que foi assegurado em razão de emenda modificativa

---

[15] CANOTILHO, J. J Gomes*: Direito constitucional e teoria da Constituição*.

apresentada durante a tramitação da PEC, já que a redação original encaminhada pelo Presidente da República não fazia distinção e colocava tudo dentro do limite de gastos. A modificação do texto original da PEC apresenta mudança significativa, pois, fixado o mínimo, os governantes poderão – e é o que se espera – ampliar os investimentos nessas áreas fundamentais para o crescimento de um país.

Élida Graziane Pinto e Ingo Sarlet, contudo, analisando as disposições, da EC nº 86/2015, apontavam, em interessante estudo, que referida proposta significava um claro retrocesso, já que os valores eram menores do que os estabelecidos pela EC nº 29/2000, quando era aplicado o valor de 14% da receita corrente líquida federal, caracterizando, assim, uma inaceitável perda de 0,8%.

Os autores propunham, então, conforme temos defendido em relação à EC nº 95/2016, que o regime previsto na EC nº 86/2015 fosse interpretado como um piso, e não o teto de gasto em saúde (e educação, acrescente-se). Além de sustentarem que as ações de saúde devem assegurar a garantia de um mínimo existencial, dentro de um contexto de proibição de proteção insuficiente, propõem o dever de progressividade na matéria. Assim, "faz sentido também seja considerado retrocesso vedado constitucionalmente, além da extinção do arranjo protetivo do direito, a estagnação imotivada, bem como a interpretação restritiva que retire a possibilidade fática e jurídica de o direito fundamental à saúde ser realizado em caráter progressivo".[16]

15.5.2 "Judicialização da saúde": Fornecimento de medicamentos

Em relação aos temas da judicialização da saúde e do fornecimento de medicamentos, três recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida (RG) devem ser destacados, estando, ainda, no fechamento dessa edição, um deles pendente de julgamento (pauta marcada para 2020). Vejamos:

• RE 855.178 (tema 793 da RG): à luz dos art. 2º e art. 198, da CF/1988, há responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados? SIM;

• RE 657.718 (tema 500 da RG): à luz dos art. 1º, III, art. 6º, art. 23, II, art. 196, art. 198, II e § 2º, e art. 204, da CF/1988, deve o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA? Como regra geral, não. Contudo, o STF estabeleceu três situações nas quais se reconhece essa obrigação – vide tese descrita a seguir;

---

[16] PINTO, Élida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang: *Regime previsto na* EC nº *86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde.*

• RE 566.471 (tema 6 da RG): à luz dos art. 2º, art. 5º, art. 6º, art. 196 e art. 198, § 1º e § , da CF/1988, há obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo? Pendente de julgamento pelo STF: pauta marcada para 2020.

Apesar de grande discussão, há posicionamento do STF no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde (o tratamento médico adequado aos necessitados deve ser entendido como um dos deveres do Estado, podendo o polo passivo da demanda ser integrado por qualquer um dos referidos entes federativos, isolada ou conjuntamente), merecendo atenção os seguintes preceitos normativos:

• art. 23, II, da CF/1988 – estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

• art. 195, caput, da CF/1988 – o financiamento do SUS, além de outras fontes, se implementa com recursos da seguridade social provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios (nesse sentido, cf. SS 3.355, j. 2010).

• art. 7º, XI, da Lei nº 8.080/1990 – as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198, da CF/1988, obedecendo ainda, dentre outros princípios, à conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

Nesse sentido, o STF, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 793): "os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro" (RE 855.178, j. 2019, pendente a publicação do acórdão).

Em relação ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o STF, apreciando o tema 500 da repercussão geral, fixou a seguinte tese (RE 657.718, j. 2019, pendente a publicação do acórdão): 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e

ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União".

O julgamento dos referidos recursos certamente impactará a discussão da PSV 4/2008 (proposta de súmula vinculante), encaminhada pelo Defensor Público-Geral Federal[17] e que tem a seguinte proposta de redação:

• "a responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público";

• "a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o art. 100, caput e § 2º, da CF/1988.

Referida proposta de súmula vinculante está sobrestada, aguardando o julgamento do RE 566.471/RN, que teve a repercussão geral reconhecida, suspendendo milhares de processos, e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo (pendente de julgamento).

[17] Querido leitor, àquele que se prepara para os concursos da defensoria pública, o tema ganha importante relevância.

16 NACIONALIDADE

Sumário: 16.1 Conceito 16.2 Espécies de Nacionalidade e Critérios para a sua Aquisição 16.3 Brasileiro Nato 16.4 Brasileiro Naturalizado 16.5 Quase Nacionalidade – Portugueses – Art. 12, § 1º, da CF/1988 – Reciprocidade 16.6 A Lei Poderá Estabelecer Distinções Entre Brasileiros Natos e Naturalizados? 16.7 Medidas de Retirada Compulsória: Repatriação, Deportação e Expulsão 16.8 Asilo Político e Refúgio (Direito de Permanecer no Brasil) 16.9 Perda da Nacionalidade 16.10 Reaquisição da Nacionalidade Brasileira Perdida

16.1 Conceito

Nacionalidade pode ser definida como o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e se submeta a obrigações.

16.1.1 Definições correlatas

• povo: conjunto de pessoas que fazem parte do Estado – o seu elemento humano –, unido ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade;

• população: conjunto de residentes no território, sejam eles nacionais ou estrangeiros (bem como os apátridas ou heimatlos);

• nação: conjunto de pessoas ladeadas pela mesma língua, cultura, costumes, tradições, adquirindo identidade sociocultural, tendo consciência e sentimento da mesma, na medida em que partilham dos mesmos valores culturais e espirituais que os une;

• nacionalidade: como vimos, é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e se submeta a obrigações. Como diria Pontes de Miranda, a nacionalidade faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado;

• cidadania: tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e ser votado.[1] O cidadão, portanto, nada mais é que o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) que goza de direitos políticos.

[1] "Cidadania... qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política... Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

16.2 Espécies de Nacionalidade e Critérios para a sua Aquisição

A doutrina costuma distinguir a nacionalidade em duas espécies: a) primária ou originária (involuntária); b) secundária ou adquirida (voluntária).

A nacionalidade primária é imposta, de maneira unilateral, independentemente da vontade do indivíduo, pelo Estado, no momento do nascimento. Falamos em involuntariedade porque, de maneira soberana, cada país estabelece as regras ou critérios para a outorga da nacionalidade aos que nascerem sob o seu governo.

Alguns adotam o critério do *ius sanguinis*, ou seja, o que interessa para a aquisição da nacionalidade é o sangue, a filiação, a ascendência, pouco importando o local onde o indivíduo nasceu. (Em geral o critério do *ius sanguinis* é utilizado por países de emigração, a fim de se manter o vínculo com os descendentes, como ocorre com a maior parte dos países europeus.)

Outros adotam o critério do *ius solis*, ou critério da territorialidade, vale dizer, o que importa para a definição e aquisição da nacionalidade é o local do nascimento, e não a descendência. (Esse critério é normalmente utilizado pelos países de imigração, a fim de que os descendentes dos imigrantes, que venham a nascer no solo do novo país, sejam nacionais desse novo país, e não do de origem, o que ocorreria se o critério fosse o do sangue.)

Já a nacionalidade secundária é aquela que se adquire por vontade própria, depois do nascimento, normalmente pela naturalização, que poderá ser requerida tanto pelos estrangeiros como pelos heimatlos (apátridas), ou seja, aqueles indivíduos que não têm pátria alguma. O estrangeiro, dependendo das regras de seu país, poderá ser enquadrado na categoria de polipátrida (multinacionalidade – ex.: filhos de italiano – critério do sangue – nascidos no Brasil – critério da territorialidade).

Surge, então, o chamado conflito de nacionalidade: a) positivo – polipátrida (multinacionalidade) e b) negativo – apátrida, intolerável, especialmente diante do art. XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[2], que assegura a toda pessoa o direito a uma nacionalidade, proibindo que seja arbitrariamente dela privada, ou impedida de mudá-la.

A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) define o apátrida como a "pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246/2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro" (art. 1º, § 1º, VI, da Lei nº 13.445/2017).

---

[2] Adotada e proclamada pela Res. nº 217-A III da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

Referida legislação, na linha dos documentos internacionais, incentiva a denominada "redução da apatridia", prescrevendo normas de proteção ao apátrida.

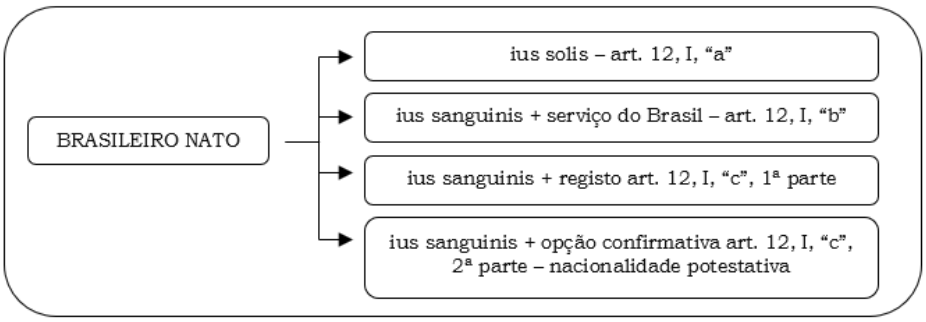
Durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidem todas as garantias e mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social relativos à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246/2002, à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto nº 50.215/1961, e à Lei nº 9.474/1997.

O processo de reconhecimento da condição de apátrida será iniciado por meio da solicitação do interessado apresentada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública ou às unidades da Polícia Federal, devendo ser instruída com cópias dos documentos de que o solicitante dispuser, sem prejuízo de diligências realizadas perante órgãos e instituições nacionais ou internacionais a fim de comprovar as alegações (art. 96, § 2º e § 3º, do Decreto nº 9.199/2017).

O solicitante de reconhecimento da condição de apátrida fará jus à autorização provisória de residência, demonstrada por meio de protocolo, até a obtenção de resposta ao seu pedido.

16.3 Brasileiro Nato

Como regra geral prevista no art. 12, I, da CF/1988, o Brasil, país de imigração, adotou o critério do *ius solis*. Essa regra, porém, é atenuada em diversas situações, ou "temperada" por outros critérios, como veremos. Lembrar que o art. 12, I, da CF/1988, traz hipóteses taxativas de previsão de aquisição da nacionalidade brasileira. Assim, serão brasileiros natos:



• *ius solis* (art. 12, I, "a", da CF/1988): qualquer pessoa que nascer no território brasileiro[3] (República Federativa do Brasil), mesmo que seja filho de pais estrangeiros. Os

[3] No território nacional se incluem: "... a) as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, como rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como o espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito; b) os navios e aeronaves de guerra onde quer que se encontrem; c) os navios mercantes brasileiros em alto-mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; d) as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto-mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros" (CARVALHO, Alcirio Dardeau de: *Nacionalidade e Cidadania*, *apud* SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

pais estrangeiros, no entanto, não podem estar a serviço de seu país. Se estiverem, o que podemos afirmar é que o indivíduo que nasceu em território brasileiro não será brasileiro nato. Se será nacional de seu país, não sabemos. Devemos analisar, e sempre, as regras do direito estrangeiro;

• *ius sanguinis* + serviço do Brasil (art. 12, I, "b", da CF/1988): e se o nascimento se der fora do Brasil? Serão considerados brasileiros natos os que, mesmo tendo nascido no estrangeiro, sejam filhos de pai ou mãe brasileiros e qualquer deles (o pai, a mãe, ou ambos) esteja a serviço da República Federativa do Brasil (administração direta ou indireta);

Interessante observar que o art. 12, I, "b", da CF/1988, estabelece como premissa o pai ou a mãe ser brasileiro e não exige que seja brasileiro nato. Assim, entendemos que, como a regra geral estabelece a impossibilidade de se estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 2º, da CF/1988, cf. item 16.6), o filho, brasileiro nato, poderá ser tanto de pai brasileiro, seja nato ou naturalizado, como de mãe brasileira nata ou mesmo naturalizada.

Segundo anotam Mendes, Coelho e Branco, "a expressão a serviço do Brasil há de ser entendida não só como a atividade diplomática afeta ao Poder Executivo, mas também como qualquer função associada às atividades da União, dos Estados ou dos Municípios ou de suas autarquias. Rezek observa que configura "a serviço do Brasil", para os fins da norma constitucional, o serviço prestado a organização internacional de que a República faça parte, independentemente de o agente ter sido designado ou não pelos órgãos governamentais brasileiros".[4]

• *ius sanguinis* + registro (art. 12, I, "c", da CF/1988, primeira parte): e se o nascimento não ocorrer no Brasil, filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileira (natos ou naturalizados) e os pais não estiverem a serviço do país? Ex.: Maria, em férias no Japão, tem o seu filho em Tóquio. Pergunta-se: o filho de Maria será considerado japonês? Depende da regra daquele país. E brasileiro? Nesse caso, corrigindo a imperfeição trazida pela ECR nº 3/1994, a EC nº 54/2007 (fruto de conversão da denominada "PEC dos brasileirinhos apátridas"), resgatando a regra anterior, estabeleceu a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira originária pelo simples ato de registro em repartição brasileira competente e, assim, resolvendo um grave problema dos apátridas;

• *ius sanguinis* + opção confirmativa (art. 12, I, "c", da CF/1988, segunda parte): outra possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira, mantida pela EC nº 54/2007, dá-se quando o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira (natos ou naturalizados), que não estejam a serviço do Brasil, vier a residir no Brasil e optar, em qualquer tempo, depois de

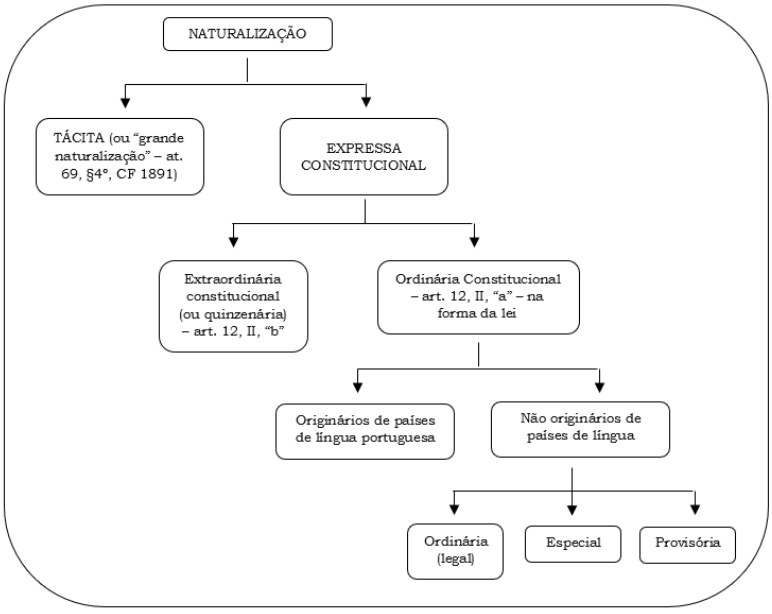
[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.*

atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. Trata-se da chamada nacionalidade potestativa, uma vez que a aquisição depende da exclusiva vontade do filho.[5]

"Optar" significa abrir mão de eventual outra nacionalidade pela brasileira. Nesse sentido, o art. 63, da Lei nº 13.445/2017 estabelece que o filho de pai ou de mãe brasileiro nascido no exterior e que não tenha sido registrado em repartição consular poderá, a qualquer tempo, promover ação de opção de nacionalidade, de competência da Justiça Federal, conforme visto (art. 109, X, da CF/1988), prescrevendo-se, ainda, que o órgão de registro deve informar periodicamente à autoridade competente os dados relativos à opção de nacionalidade, conforme regulamento.

16.4 Brasileiro Naturalizado

16.4.1 Noções introdutórias: Procedimento



Como forma de aquisição da nacionalidade secundária, a Constituição prevê o processo de naturalização, que dependerá tanto da manifestação de vontade do interessado como da aquiescência estatal, que, através de ato de soberania, de forma discricionária, poderá ou não atender à solicitação do estrangeiro ou apátrida.

[5] A aquisição da nacionalidade dá-se no momento da fixação da residência no País; este o fato gerador da nacionalidade. No entanto, esta fica sujeita à opção confirmativa. Assim, a condição de brasileiro nato fica suspensa até a implementação da condição. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.

Dessa maneira, não mais se prevê a naturalização tácita (grande naturalização), como aconteceu na vigência da CF/1891.[6] A CF/1988 somente estabeleceu a naturalização expressa, que se divide em ordinária constitucional e extraordinária constitucional (quinzenária).

O pedido de naturalização será apresentado e processado na forma prevista pelo órgão competente do Poder Executivo, sendo cabível recurso em caso de denegação. A naturalização produzirá efeitos após a publicação no Diário Oficial do ato de naturalização. No prazo de até 1 ano após a concessão da naturalização, deverá o naturalizado comparecer perante a Justiça Eleitoral para o devido cadastramento.

No curso do processo de naturalização, o naturalizando poderá requerer a tradução ou a adaptação de seu nome à língua portuguesa, devendo ser mantido cadastro com o nome traduzido ou adaptado associado ao nome anterior.

Finalmente, cabe lembrar que o art. 109, X, da CF/1988 estabelece ser competência dos juízes federais processar e julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.

Nesse sentido, o art. 213, § 2º, do Decreto nº 9.199/2017 estabelece que a opção de nacionalidade é ato personalíssimo e deverá ocorrer por meio de procedimento específico, de jurisdição voluntária, perante a Justiça Federal, a qualquer tempo, após atingida a maioridade civil.

16.4.2 Naturalização ordinária constitucional em relação aos originários de países de língua portuguesa

De acordo com o art. 12, II, "a", da CF/1988, são brasileiros naturalizados os que, na forma, da Lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidos dos originários de países de língua portuguesa apenas dois requisitos:

- residência por 1 ano ininterrupto; e
- idoneidade moral.

E quem seriam os originários de países de língua portuguesa?

São aqueles originários dos seguintes países: Portugal, Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Açores, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Goa, Damão, Diu, Macau e Timor-Leste.[7]

---

[6] Lembramos o art. 69, § 4º, da CF/1891, que dizia: "São cidadãos brasileiros: os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro de seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem"

[7] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.

Aos portugueses, além dessa possibilidade de naturalização, foi expressamente estabelecida na Constituição a garantia da reciprocidade (art. 12, § 1º, da CF/1988), caso não optem pelo processo de naturalização (cf. item 16.5).

16.4.3 Naturalização ordinária legal

Conforme visto, são brasileiros naturalizados os que, na forma, da Lei, adquiram a nacionalidade brasileira. A regulamentação desse dispositivo se deu nos termos do art. 65, da Lei de Migração – Lei nº 13.445/2017 –, que prevê as seguintes condições:

- ter capacidade civil, segundo a Lei brasileira;
- ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 anos;[8]
- comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e
- não possuir condenação penal ou estar reabilitado, nos termos, da Lei.

16.4.4 Naturalização especial

A naturalização especial poderá ser concedida ao estrangeiro que se encontre em uma das seguintes situações (art. 68, da Lei nº 13.445/2017):

- ser cônjuge ou companheiro, há mais de 5 anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior; ou
- ser ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de 10 anos ininterruptos.

Enquadrando-se em uma das situações acima, o naturalizando deverá preencher os seguintes requisitos para que possa ser concedida a naturalização especial (art. 69, da Lei nº 13.445/2017):

- ter capacidade civil, segundo a Lei brasileira;
- comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e
- não possuir condenação penal ou estar reabilitado, nos termos, da Lei.

16.4.5 Naturalização provisória

A naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal, sendo convertida em definitiva se o

[8] Esse prazo será reduzido para, no mínimo, 1 ano se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições: ter filho brasileiro; ter cônjuge ou companheiro brasileiro e não estar dele separado legalmente ou de fato no momento de concessão da naturalização; haver prestado ou poder prestar serviço relevante ao Brasil, avaliado na forma disposta em regulamento; ou recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística, também avaliada na forma disposta em regulamento.

naturalizando expressamente assim o requerer no prazo de 2 anos após atingir a maioridade (art. 70, da Lei nº 13.445/2017).

Essa hipótese, denominada pela doutrina "radicação precoce", era expressamente prevista no art. 140, II, "b", 1, da CF/1967 e no art. 145, II, "b", 2, da EC nº 1/1969, além de estar também descrita no art. 115, § 2º, I, do revogado Estatuto dos Estrangeiros (Lei nº 6.815/1980). A única diferença era que a idade de radicação no Brasil era 5 e não 10 anos, como na nova lei.

16.4.6 Naturalização extraordinária ou quinzenária

Prevista no art. 12, II, "b", da CF/1988 e no art. 67, da Lei nº 13.445/2017, a naturalização extraordinária ou quinzenária dar-se-á quando os estrangeiros, de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de 15 anos[9] ininterruptos[10] e sem condenação penal, requisitarem a nacionalidade brasileira.

A naturalização extraordinária é "intransferível", vale dizer, só a adquire aquele que preencher os requisitos constitucionais. Como muito bem lembra José Afonso da Silva, "a naturalização não importa a aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do naturalizado, nem autoriza estes a entrar ou radicar-se no Brasil, sem que satisfaçam as exigências legais".[11]

16.4.7 Conclusão de curso superior: Ainda subsiste com a revogação do Estatuto dos Estrangeiros?

Tanto o art. 140, II, "b", 1 e 2, da CF/1967 como o art. 145, II, "b", 2, da EC nº 1/1969 faziam expressa previsão de duas outras formas de naturalização: a) radicação precoce; e b) conclusão de curso superior.

A CF/1988, contudo, não mais as estabeleceu, tendo delegado ao legislador a competência para a definição de outras hipóteses além das expressamente previstas.

Antes do advento, da Lei de Migração, apesar de o texto da CF/1988 não mais tratar, expressamente, das aludidas hipóteses de naturalização, elas ainda subsistiam, encontrando o seu fundamento constitucional no art. 12, II, "a", da CF/1988, primeira parte, qual seja, os que, na forma, da Lei (no caso, da revogada Lei nº 6.815/1980), se naturalizarem brasileiros. Nesse caso, os art. 115, § 2º, I e II, e art. 116, do Estatuto dos

---

[9] Inicialmente se previa o prazo de 30 anos, que foi diminuído para 15 pela ECR nº 3/1994.

[10] Conforme decidiu o STF, "a ausência temporária não significa que a residência não foi contínua, pois há que distinguir entre residência contínua e permanência contínua" (Ag. 32.074-DF, Rel. Min. Hermes Lima, j. 1965, Plenário).

[11] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.

Estrangeiros, descrevia as hipóteses de naturalização por radicação precoce e conclusão de curso superior.

Com a revogação expressa, da Lei nº 6.815/1980 pela Lei nº 13.445/2017, a denominada Lei de Migração manteve apenas a hipótese de naturalização em razão de "radicação precoce", sendo que, conforme visto acima, aumentou a idade para fixar residência em território nacional antes de completar 10 anos (e não 5, como era no Estatuto dos Estrangeiros), deixando, portanto, de ser tão "precoce" e, então, passando a ser denominada naturalização provisória, já que, para ser convertida em definitiva, dependerá de requerimento expresso do naturalizando no prazo de até 2 anos após atingir a maioridade (art. 70, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017).

Nesse sentido, a naturalização em razão de conclusão de curso superior não mais encontra fundamento legal e, portanto, com o advento, da Lei de Migração, deixou de existir.

16.5 Quase Nacionalidade – Portugueses – Art. 12, § 1º, da CF/1988 – Reciprocidade

Os portugueses, como originários de país de língua portuguesa, enquadram-se na regra do art. 12, II, "a", da CF/1988, ou seja, podem naturalizar-se brasileiros, bastando que tenham residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

Outrossim, temos a hipótese dos portugueses com residência permanente no Brasil que queiram continuar com a nacionalidade portuguesa (estrangeiros) e não façam a opção pela naturalização brasileira.

Havendo reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos aos portugueses com residência permanente no Brasil os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, salvo os casos em que houver expressa vedação constitucional.

Observar que os portugueses não perdem a sua cidadania. Continuam sendo portugueses, estrangeiros, portanto, no Brasil, mas podendo exercer os direitos conferidos aos brasileiros, desde que não sejam vedados (ex.: art. 12, § 3º, da CF/1988) e haja, como visto, a reciprocidade para brasileiros em Portugal.

Trata-se da chamada cláusula de reciprocidade (*do ut des*), assegurada pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 2000 (Decreto nº 3.927/2001).

O STF confirma a importância do referido acordo bilateral entre Brasil e Portugal: "a norma inscrita no art. 12, § 1º, da CF/1988 – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficacial, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro,

fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses" (Ext 890, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2004, DJ de 2004).

16.6 A Lei Poderá Estabelecer Distinções Entre Brasileiros Natos E Naturalizados?

16.6.1 Regra geral

De maneira coerente com o princípio da igualdade (isonomia), a da CF/1988 vedou qualquer possibilidade de se estabelecer por Lei distinção entre brasileiros natos e naturalizados, ressalvados os casos previstos pela própria Constituição (art. 12, § 2º, da CF/1988), quais sejam: art. 5º, LI, art. 12, § 3º, § 4º, I, art .89, VII e art. 222, da CF/1988.

16.6.2 Hipóteses taxativas de exceção à regra geral

16.6.2.1 Extradição

De acordo com o art. 81, da Lei nº 13.445/2017, a extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

Segundo Accioly, Nascimento e Silva e Casella, "extradição é o ato mediante o qual um estado entrega a outro estado indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se acha condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos. A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido. Atualmente, a extradição procura garantir ao acusado um julgamento justo, de conformidade com o art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa"".[12]

Dessa forma, podemos identificar tanto a extradição ativa como a passiva.

---

[12] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba: *Manual de direito internacional público*.

• extradição ativa: “ocorre quando o Estado brasileiro requer a Estado Estrangeiro a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso” (art. 278, caput, do Decreto nº 9.199/2017);

• extradição passiva: “ocorre quando o Estado estrangeiro solicita ao Estado brasileiro a entrega de pessoa que se encontre no território nacional sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso” (art. 266, caput, do Decreto nº 9.199/2017).

16.6.2.1.1 Extradição ativa

A extradição ativa (aquela em que o Estado brasileiro solicita a Estado estrangeiro a entrega de indivíduo) será requerida por via diplomática ou pelas autoridades centrais designadas para esse fim (cf. Ext 1.011, Rel. Min. Eros Grau, j. 2015, decisão monocrática, DJ de 2005).

O STF, portanto, não tem papel ativo nesse processo de extradição e, assim, no caso, as autoridades centrais designadas não precisam de autorização da Corte para pedir a extradição.

Esse entendimento foi confirmado pelo Min. Joaquim Barbosa no caso do ex-diretor do Banco do Brasil Henrique Pizzolato, condenado no processo do mensalão (AP 470) e que estava foragido, tendo sido preso na Itália em 2014.

Ficou acertado que o pedido de extradição ativa seria providenciado pela PGR ao Ministério da Justiça, que tomaria as medidas cabíveis, tendo em vista que as relações extradicionais se estabelecem entre o Brasil e a Itália, nos termos de tratado bilateral assinado entre os dois países.

Feito o pedido de extradição pelo governo brasileiro, em um primeiro momento, a primeira instância da Justiça italiana (Corte de Bolonha) o negou, sob o fundamento de falta de estrutura dos presídios brasileiros. Em 2015, contudo, a Corte de Cassação de Roma autorizou a extradição, revertendo a decisão anterior. O Ministro da Justiça da Itália, em 2015, decidiu no sentido do envio de Pizzolato para o Brasil. Estando tudo certo para a extradição, a sua defesa apresentou recurso para o Tribunal Administrativo Regional – TAR de Roma contra o ato do Ministro da Justiça italiano, requerendo que o cumprimento da pena fosse na Itália. Rejeitado o recurso (j. 2015), o Conselho de Estado da Itália adiou novamente o envio para se ter certeza das condições dos presídios, preservando a integridade física e moral do extraditando. Finalmente, convencida com os documentos apresentados, a Itália extraditou Pizzolato ao Brasil, aonde em 2015.

16.6.2.1.2 Extradição passiva: brasileiro nato x brasileiro naturalizado

De acordo com o art. 5º, LI, da CF/1988, o brasileiro nato nunca poderá ser extraditado (estamos nos referindo à extradição passiva[13]). Já o naturalizado poderá ser extraditado em duas situações:

• crime comum: o naturalizado poderá ser extraditado somente se praticou o crime comum antes da naturalização;

• tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins: no caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma, da Lei, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, não importando o momento da prática do fato típico, seja antes, seja depois da naturalização.

Estamos diante do princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro. Contudo, em relação ao naturalizado, foram estabelecidas duas exceções:

• "a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado";

• "a segunda (de eficácia limitada, aplicabilidade mediata e reduzida, acrescente-se), no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, "na forma, da Lei", e por "comprovado envolvimento" no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita. [...]; para a extradição do brasileiro naturalizado antes do fato, porém, que só a autoriza no caso de seu "comprovado envolvimento" no tráfico de drogas, a Constituição impõe à Lei Ordinária a criação de um procedimento específico, que comporte a cognição mais ampla da acusação na medida necessária à aferição da concorrência do pressuposto de mérito, a que excepcionalmente subordinou a procedência do pedido extraditório: por isso, a norma final do art. 5º, LI, da CF/1988, não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata" (Ext 541 – Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1991, Plenário, DJ de 1992 e Ext 934-QO, Rel. Min. Eros Grau, j. 2004, Plenário, DJ de 2004).

A regra segundo a qual o brasileiro nato nunca poderá ser extraditado decorre da ideia de soberania, preservação da jurisdição nacional, incluindo "a eventual parcialidade dos tribunais estrangeiros e as condições das instituições penais de inúmeros países".

---

[13] Naturalmente, a extradição ativa, ou seja, quando o requerimento de entrega é feito pelo Estado brasileiro ao Estado estrangeiro, não está vedada na Constituição. Assim, se um brasileiro nato comete um crime no Brasil e, tendo sido condenado, foge para outro país, pelo direito brasileiro o pedido de extradição de lá para cá não está proibido.

Contudo, afirmam Accioly, Nascimento e Silva e Casella: "... parece-nos inadmissível que indivíduos acusados de crimes hediondos, como sequestro, tráfico de entorpecentes, estupro, limpeza étnica, genocídio e crimes contra a humanidade, possam merecer proteção de seu país".[14]

O naturalizado, por sua vez, e conforme vimos, poderá ser extraditado se praticou crime comum antes da naturalização, ou, no caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, se praticado antes ou depois da naturalização.

O estrangeiro só não poderá ser extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, da CF/1988).

16.6.2.1.3 Extradição passiva: Regras procedimentais

O procedimento da extradição passiva (aquela pela qual Estado estrangeiro solicita ao Estado brasileiro a entrega de determinada pessoa acusada ou já condenada por ter cometido crime) está previsto, basicamente, na Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que deverá adequar-se ao balizamento do art. 5º LI e LII, da CF/1988.

Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. Em caso de crimes diversos, terá preferência, sucessivamente:

• o Estado requerente em cujo território tenha sido cometido o crime mais grave, segundo a Lei brasileira;

• o Estado que em primeiro lugar tenha pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica;

• o Estado de origem, ou, em sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.

De acordo com o art. 83, da Lei nº 13.445/2017, são condições para concessão da extradição: a) ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; b) estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

Assim, a extradição passiva poderá ter tanto caráter instrutório como executório. No primeiro caso (extradição instrutória), desde que exista ordem de prisão emanada de

---

[14] H. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba: *Manual de direito internacional público*. Importante notar que o Tribunal Penal Internacional – TPI, lembrando que o Brasil se submete a sua jurisdição (art. 5º, § 4º, da CF/1988), adota um regime diferenciado, mais abreviado, que a doutrina vem denominando entrega (surrender), não se confundindo com a extradição (cf. item 14.10.25 e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Curso de direito internacional público*, bem como VARELLA, Marcelo Dias: *Direito internacional público*). O tema está para ser resolvido pelo STF na Pet 4.625, interposta pelo TPI em 2009, que requer a eventual prisão e entrega do Presidente do Sudão, acusado de ter cometido crimes contra a humanidade e de guerra, caso ele entre no território brasileiro (matéria pendente).

autoridade competente do Estado requerente, admite-se a extradição mesmo diante da mera existência de procedimento persecutório instaurado no exterior.[15] Na segunda hipótese (extradição executória), o pedido de extradição pressupõe a existência de sentença penal condenatória (Ext 652, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1996, Plenário, DJE de 2008).

Em termos procedimentais, o art. 89, da Lei de Migração estabelece que o pedido de extradição originado de Estado estrangeiro será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nessa Lei ou em tratado, encaminhado à autoridade judiciária competente, no caso, o STF.

Não preenchidos os pressupostos referidos, o pedido será arquivado mediante decisão fundamentada, sem prejuízo da possibilidade de renovação do pedido, devidamente instruído, uma vez superado o óbice apontado.

Nesse sentido, nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

Essa regra, da Lei simplesmente obedece ao comando constitucional, já que, de acordo com o art. 102, I, "g", da CF/1988, a competência para julgar originariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro é do STF. A partir da edição da ER nº 45/2011, que alterou os art. 6º, I, "f", e 9º, I, "h", do RISTF, a atribuição deixou de ser do pleno e passou a ser das Turmas (conforme já apontamos, dentro da ideia de efetividade do processo e racionalização, observa-se, cada vez mais, a ampliação da competência das Turmas).

Ao receber o pedido, o relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, nomear-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver.

A defesa, a ser apresentada no prazo de 10 dias contado da data do interrogatório, versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma de documento apresentado ou ilegalidade da extradição.

Não estando o processo devidamente instruído, o Tribunal, a requerimento do órgão do Ministério Público Federal correspondente, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta.

Julgada procedente a extradição e autorizada a entrega pelo órgão competente do Poder Executivo, será o ato comunicado por via diplomática ao Estado requerente, que, no prazo de 60 dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional, sob pena de, não cumprido o prazo de retirada, ser o extraditando posto em liberdade, sem prejuízo de outras medidas aplicáveis.

---

[15] Também no sentido de não se exigir sentença penal condenatória para o acolhimento do pedido de extradição, no direito norte-americano, podemos lembrar o instituto do *indictment* que se equipara à pronúncia do direito brasileiro. O STF tem entendido esse ato formal como suficiente para se legitimar o pedido de extradição passiva instrutória (cf. o precedente no julgamento da Ext 280, Rel. Min. Adaucto Cardoso, j. 1969, Plenário, DJ de 1969, reafirmado em outros tantos julgados, como na Ext 1.069, j. 2007).

Negada a extradição em fase judicial, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.

16.6.2.1.4 Extradição passiva: Necessidade de prisão do extraditando?

De acordo com o art. 208, do RISTF, não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal.

Referida prisão caracterizava-se como um pressuposto do processo de extradição, não se confundindo com as prisões cautelares do CPP. Tratava-se de prisão a ser decretada pelo Ministro Relator[16] do processo extradicional que tramita de modo originário no STF, no caso, nos termos do art. 5º, LXI, da CF/1988, a autoridade judiciária competente e tinha por objetivo assegurar a execução de eventual ordem de extradição (Ext 579-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1993, Plenário, DJ de 1993).

Contudo, entendemos que a Lei de Migração revogou essa compulsoriedade de prisão para o processamento da extradição.

De acordo com o art. 86 da Lei nº 13.445/2017, o STF, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso.

Conforme já introduzido no art. 82, da Lei nº 6.815/1980, Estatuto dos Estrangeirosrevogado pela Lei nº 12.878/2013, Lei de Migração, manteve a possibilidade de prisão cautelar para fins de extradição.

Assim, em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos na Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal (art. 84, caput, da Lei nº 13.445/2017).

---

[16] Devemos alertar que o art. 81 da Lei nº 6.815/1980, revogada, em sua redação original, que estabelecia a atribuição do Ministro da Justiça para ordenar a prisão do extraditando, colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal, não foi recepcionado pela CF/1988, na medida em que, conforme se apontou, cabe ao Ministro Relator do STF decretar a prisão.

16.6.2.1.5 Extradição passiva: Vedações legais

De acordo com o art. 82, da Lei nº 13.445/2017, não se concederá a extradição quando:

• o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;

• o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente, devendo, portanto, ser respeitado o princípio da dupla tipicidade. Ou seja, o fato tem de ser considerado crime tanto no Brasil como no Estado requerente, interessando a conduta praticada mesmo que não haja identidade de designação formal do tipo penal.[17] Assim, por exemplo, se a conduta não é considerada crime no Brasil, por se tratar de conduta lícita, ou mesmo mera contravenção penal, vedada estará a extradição para o Estado estrangeiro;

• o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

• a Lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 anos;

• o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

• a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a Lei brasileira ou a do Estado requerente. Ou seja, para que possa ser autorizada a extradição é indispensável a observância do princípio da dupla punibilidade;

• o fato constituir crime político[18] ou de opinião;

• o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou

• o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos, da Lei nº 9.474/1997, ou de asilo territorial.

16.6.2.1.6 Extradição passiva: Vedações legais em relação à entrega do extraditando

[17] "Extradição e dupla tipicidade. A possível diversidade formal concernente ao *nomen juris* das entidades delituosas não atua como causa obstativa da extradição, desde que o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro que requer a efetivação da medida extradicional. O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos" (Ext 953, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2005, Plenário, DJ de 2005).

[18] O STF poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo (art. 82, § 4º, da Lei nº 13.445/2017).

De acordo com o art. 96, da Lei nº 13.445/2017, não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso de:

• não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição (princípio da especialidade ou do efeito limitativo da extradição,[19] que não é absoluto diante da possibilidade de haver pedido de extensão pelo Estado estrangeiro e com ele o Brasil expressamente concordar);

• computar o tempo da prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição (detração penal);

• comutar a pena corporal, perpétua ou de morte[20] em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 40 anos (a Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, alterou o art. 75, caput, do CP, para aumentar de 30 para 40 anos o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade no direito brasileiro);

• não entregar o extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame;

• não considerar qualquer motivo político para agravar a pena; e

• não submeter o extraditando a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

16.6.2.1.7 Extradição passiva: E se o extraditando for casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira ou tiver filho brasileiro? Haverá óbice, por esse motivo, ao pedido de extradição?

Não.

Essa dúvida surge em razão da tentativa de se aplicar por analogia a regra explícita prevista no art. 55, II, "a" e "b", da Lei nº 13.445/2017 (na mesma linha do revogado art. 75, II, "a" e "b", da Lei nº 6.815/1980), que impede a expulsão (e, veja, o texto fala em expulsão, e não em extradição) quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela; ou cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente (cf. discussão no item 16.7.3).

---

[19] "O postulado da especialidade, precisamente em função das razões de ordem político-jurídica que justificam a sua formulação e previsão em textos normativos, assume inegável sentido tutelar, pois destina-se a proteger, na concreção do seu alcance, o súdito estrangeiro contra a instauração de persecuções penais eventualmente arbitrárias. O art. 14, da Convenção Europeia sobre Extradição e o art V, do Tratado de Extradição Brasil-Suíça, Magistério da doutrina" (Ext 571 – extensão, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1995, Plenário, DJ de 1995).

[20] Em nosso entender, salvo na hipótese de pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/1988, por se tratar da única exceção constitucional.

Conforme estabeleceu a Corte, "não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro" (S. 421/STF). Esse entendimento, firmado em 1964, ainda persiste no pleno do STF. Vejamos:

"A existência de relações familiares, a comprovação de vínculo conjugal e/ou a convivência *more uxorio* do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição. [...] Não obsta a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que, com esta, possua filho brasileiro. A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição" (Ext 1.201, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, Plenário, DJE de 2011. No mesmo sentido, cf. Exts 510, 669, 804, 839, 1.039, 1.252, 1.255, 1.343, 1.497 etc.).

Na vigência, da Lei de Migração, a 1ª Turma do STF, nos termos da S. 421/STF, manteve o entendimento da jurisprudência pacífica da Corte no sentido de não se impedir a extradição na existência de casamento ou união estável do extraditando, ou mesmo filhos, não se admitindo a aplicação analógica do art. 55, II, "a" e "b", da Lei nº 13.445/2017, que deve se restringir à hipótese de expulsão (Ext. 1.511, j. 2017).

16.6.2.1.8 Extradição passiva: Entendendo o STF pela procedência do pedido de extradição, o Presidente da República será obrigado a extraditar o requisitado?

Não. O Presidente da República terá discricionariedade.

A Lei de Migração, assim como o revogado Estatuto dos Estrangeiros, estabeleceram alguns parâmetros para a decisão do Presidente da República, e, assim, presentes os requisitos legais acima expostos (e que vedam a extradição), ele poderia (deveria.) negá-la, até diante da ideia de soberania, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CF/1988).

Outro ponto mais problemático seria o seguinte: e se não presentes os requisitos legais que vedam a extradição, nesse caso, conforme indagado acima, poderia o Presidente da República ir contra a decisão do STF que a autorizou?

A questão foi amplamente examinada na Ext 1.085, julgada em 2009 pelo STF,[21] na qual se discutiu o pedido de extradição formulado pelo governo da Itália contra nacional italiano, o ex-ativista Cesare Battisti, que havia sido condenado à pena de prisão perpétua pela prática de quatro homicídios naquele país, quando era integrante do grupo guerrilheiro Proletários Armados pelo Comunismo (PAC).

Battisti fugiu da Itália, foi para a França, depois veio para o Brasil, onde conseguiu a condição de refugiado. Nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.474/1997, será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

• devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

• não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

• devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Diante do pedido de extradição, em 2007 Battisti foi recolhido preso, e a questão passou a ser examinada pela Corte.

Resolvendo questão preliminar, o STF analisou "... a concessão do status de refugiado ao extraditando pelo Ministro da Justiça, concluindo pela ilegalidade e pela ineficácia desse ato. Asseverou que, não obstante a Corte, em princípio e incidentalmente, houvesse declarado, no julgamento da Ext 1.008/Governo da Colômbia (DJE de 2007), a constitucionalidade do art. 33, da Lei nº 9.474/1997 ("o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio"), e independentemente da estima do acerto, ou não, dessa decisão, destacou que ficariam por esclarecer as condições em que a outorga de refúgio extinguiria o processo de extradição. No ponto, ressaltou que, apesar de reconhecido, naquele julgado, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, revendo os termos e o alcance, da Lei, à luz sistêmica da ordem jurídica, aduziu que tal afirmação não poderia ser entendida em acepção demasiado estrita, nem que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtrairia, de forma absoluta, os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade (*judicial review*)" (Inf. 558/STF).

---

[21] Cf. Notícias do STF (2009), bem como Informativos (558, 567 e 568). Ainda, cf. o acórdão com densas discussões em 686 páginas (só de acórdão.): Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2009, Plenário, DJE de 2010.

Superada essa questão, em votação apertada (5 x 4, não estando presente toda a composição da Corte, o que, em tese, significa que o entendimento ainda pode ser revisto em julgamentos futuros), o STF decidiu que os atos praticados por Cesare Battisti não tiveram conotação política (pois, se fosse outro o entendimento, a extradição estaria inviabilizada pelo art. 5º, LII, da CF/1988) e, então, deferiu o pedido formulado pelo governo italiano.

Segundo decidiram os Ministros, "não configura crime político, para fim de obstar o acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo" (item 3 da Ementa).

Logo, declarou o STF que os crimes praticados eram de natureza comum, não estavam prescritos e não havia nenhuma violação ao Estatuto dos Estrangeiros, bem como ao Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália, tudo na linha do voto do Min. Cezar Peluso, relator.

Continuando o julgamento, também pela mesma votação apertada de 5 x 4, o STF, em um primeiro momento, proclamou o resultado no sentido de o Presidente da República não estar obrigado a proceder à extradição (entrega), podendo decidir, nos termos do art. 84, VII, da CF/1988, de modo discricionário.

Contudo, em 2009, o pleno do STF, apreciando questão de ordem apresentada pelo governo italiano em relação ao voto do Min. Eros Grau, retificou a proclamação do resultado, determinando, agora por votação majoritária, que o Presidente deve decidir a extradição com base no tratado bilateral com a Itália e na lei.

Assim, o Presidente da República não está vinculado à decisão do STF. Porém, deve observar os termos do direito convencional, não sendo, portanto, nesse ponto, discricionário o seu ato, porque, repita-se, balizado pelas disposições do tratado.

Nesse sentido, conforme o voto do Min. Eros Grau: "2. Ao Supremo Tribunal Federal cabe processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, "g", da CF/1988). Lê-se na ementa da Extradição 272, relator o ministro Victor Nunes Leal, o seguinte: "Extradição, a) o deferimento ou recusa da extradição é direito inerente à soberania. b) A efetivação, pelo governo, da entrega de extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional". No voto que então proferiu, o ministro Victor Nunes Leal observou: "Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele está obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe

nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, "um direito internacional geral de extradição"".[22]

Esse parece ser, em sede doutrinária, o entendimento de Rezek: "fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos de entrega do extraditando...".[23]

O ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, no final de seu mandato, no dia 2010,[24] com base em parecer da AGU, decidiu não extraditar Battisti, segundo nota lida pelo então Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim:

"O Presidente da República tomou hoje a decisão de não conceder extradição ao cidadão italiano Cesare Battisti, com base em parecer da Advocacia-Geral da União. O parecer considerou atentamente todas as cláusulas do Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália, em particular a disposição expressa no art. 3, 1, "f", do Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália, que cita, entre as motivações para a não extradição, a condição pessoal do extraditando. Conforme se depreende do próprio Tratado, esse tipo de juízo não constitui afronta de um Estado ao outro, uma vez que situações particulares ao indivíduo podem gerar riscos, a despeito do caráter democrático de ambos os Estados. Ao mesmo tempo, o Governo brasileiro manifesta sua profunda estranheza com os termos da nota da Presidência do Conselho dos Ministros da Itália, de 2010, em particular com a impertinente referência pessoal ao Presidente da República".

Diante desse fato, a defesa de Battisti, em 2011, durante o recesso, requereu a imediata expedição de alvará de soltura, e, em contrapartida, o governo italiano, no dia seguinte, peticionou no sentido da manutenção da prisão e que a decisão fosse tomada pelo pleno e não monocraticamente.

Dessa maneira, o STF teve de julgar a Rcl 11.243, ajuizada pela República italiana, em razão de decisão do Chefe do Executivo brasileiro, que, ao negar o pedido de extradição, estaria, conforme sustentado, supostamente violando a decisão proferida na Ext 1.085.

---

[22] Texto publicado na Revista Consultor Jurídico, em 2009.

[23] REZEK, José Francisco: *Direito internacional público*.

[24] A decisão do STF foi proferida em 2009. O acórdão, publicado em 2010. O ato do ex-Presidente, curiosamente, levou-se 8 meses para deliberar.

Em 2011, por 6 x 3, a Corte entendeu tratar-se de ato de governo, marcado pela ampla discricionariedade (ao decidir pela não extradição nos termos do tratado), e, assim, verdadeiro ato de soberania nacional:

"[...]. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas leis, nos tratados e na própria decisão do Egrégio STF na Ext 1.085. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao STF, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República italiana ao chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945" (Rcl 11.243, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Finalmente, deve ser destacado que, dentro dessa perspectiva, a negativa de extradição por ato político e discricionário do Presidente da República não gera direito adquirido à não extradição. Nada impede que o Chefe do Executivo (e seria mais comum diante de um novo Presidente), em momento seguinte, modifique o seu entendimento, reexaminando a conveniência e oportunidade da permanência (cf. Rcl 29.066, Min. Luiz Fux, j. 2018).

Dentro dessa perspectiva, em 2018, o então Presidente da República, Michel Temer, determinou a extradição de Cesare Battisti.

Em 2019, finalmente, Battisti foi preso em Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia. O Governo italiano resolveu mandar um avião diretamente da Itália para pegá-lo. Com isso, sem ter entrado novamente no Brasil, o Governo italiano não precisou assumir o compromisso de comutação da pena (no Brasil, com o Pacote Anticrime, limitada a 40 anos de privação de liberdade (art. 75, CP), tendo sido imposta a ele, na Itália, a pena de prisão perpétua. Apesar de nunca ter assumido durante todo o seu julgamento perante a Justiça brasileira, o procurador-geral de Milão, Francesco Greco, declarou que ele admitiu "suas responsabilidades".

16.6.2.2 Cargos privativos de brasileiros natos

O art. 12, § 3º, da CF/1988 estabelece que alguns cargos serão ocupados somente por brasileiros natos, fazendo expressa diferenciação em relação aos brasileiros naturalizados, fato esse perfeitamente possível, já que introduzido pelo poder constituinte originário. Assim, são privativos de brasileiro nato os cargos:

- de Presidente e Vice-Presidente da República;
- de Presidente da Câmara dos Deputados;
- de Presidente do Senado Federal;
- de Ministro do STF;

• da carreira diplomática;
• de oficial das Forças Armadas;
• de Ministro de Estado da Defesa.[25]

16.6.2.3 Atividade nociva ao interesse nacional

De acordo com o art. 12, § 4º, I, da CF/1988, somente o brasileiro naturalizado poderá perder a nacionalidade em virtude de atividade nociva ao interesse nacional.

16.6.2.4 Conselho da República

Como já vimos, dentre os componentes do Conselho da República (art. 89, da CF/1988), órgão superior de consulta do Presidente da República, além do Vice-Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal, dos líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados, dos líderes da maioria e da minoria no Senado Federal, do Ministro da Justiça, dele participam:

• seis cidadãos brasileiros natos, com mais de 35 anos de idade, sendo 2 nomeados pelo Presidente da República, 2 eleitos pelo Senado Federal e 2 eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de 3 anos, vedada a recondução.

16.6.2.5 Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

Pela redação original, antes da reforma trazida pela EC nº 36/2002, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens era, por regra geral, privativa de pessoas físicas (brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos), vedando-se a participação de pessoa jurídica no capital social da empresa. Excepcionalmente, contudo, sem qualquer direito a voto e limitada a 30% do capital social, permitia-se a participação de partido político e de sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente a brasileiros.

Com a nova redação conferida ao art. 222, caput, da CF/1988 pela EC nº 36/2002, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa:

• de brasileiros natos; ou
• de brasileiros naturalizados há mais de 10 anos; ou
• de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

---

[25] O art. 12, § 3º, VII da CF/1988 foi introduzido pela EC nº 23/1999.

Percebe-se, desta feita, mais uma das hipóteses em que há expressa distinção constitucional entre brasileiro nato e naturalizado.

Remetemos o nosso querido leitor para o item 19.7.3, no qual tratamos do importante tema da comunicação social, tendo em vista as novidades trazidas pela EC nº 36/2002.

16.7 Medidas de Retirada Compulsória: Repatriação, deportação e expulsão

A retirada compulsória de migrante ou visitante deverá observar o disposto na Lei nº 9.474/1997 e as disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias, destacando-se, na forma, da Lei de Migração, as seguintes medidas:

- repatriação;
- deportação;
- expulsão.

A repatriação, a deportação e a expulsão serão feitas para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante, ou para outro que o aceite, em observância dos tratados dos quais o Brasil seja parte.

Nos casos de deportação ou expulsão, o chefe da unidade da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal, respeitados, nos procedimentos judiciais, os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal.

De acordo com o art. 61, da Lei de Migração, não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas, ou seja, aquelas que não individualizam a situação migratória irregular de cada pessoa.

Ainda, não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco sua vida ou integridade pessoal.

Finalmente, cabe observar que a Lei obrigou à notificação da DPU nos procedimentos das medidas de retirada compulsória (art. 49, § 2º, art. 51 e art. 58, § 1º, da Lei nº 13.445/2017), o que, certamente, significa um importante avanço, devendo a instituição criar estrutura para a nova demanda, implementando os mecanismos de divulgação dessa garantia para o migrante ou visitante necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/1988, (cf. discussão no item 12.5.9).

16.7.1 Repatriação

A repatriação consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade.

Será feita imediata comunicação do ato fundamentado de repatriação à empresa transportadora e à autoridade consular do país de procedência ou de nacionalidade do migrante ou do visitante, ou a quem o representa.

Veda-se, contudo, a aplicação da medida de repatriação à pessoa:

• em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito;

• ao menor de 18 anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem;

• a quem necessite de acolhimento humanitário;

• em qualquer caso, para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.

Condições específicas de repatriação podem ser definidas por regulamento ou tratado, observados os princípios e as garantias previstos na Lei de Migração.

16.7.2 Deportação

O art. 5º, XV, da CF/1988 estabelece ser livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos, da Lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Assim, a permanência irregular ou clandestina justifica a deportação.

Nesse sentido, a deportação caracteriza-se como uma medida decorrente de procedimento administrativo, devendo ser respeitado o contraditório, a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo, consistente na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.

De acordo com o art. 53, da Lei nº 13.445/2017, não se procederá à deportação se a medida configurar extradição não admitida pela legislação brasileira.

A deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando, da qual constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 dias, podendo ser prorrogado, por igual período, por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares. Referido prazo poderá ser reduzido nos casos que se enquadrem no art. 45, IX, da Lei de Migração.

Referida notificação não impede a livre circulação em território nacional, devendo o deportando informar seu domicílio e suas atividades. Ainda, quando implementada, a deportação não exclui eventuais direitos adquiridos em relações contratuais ou decorrentes, da Lei brasileira.

Vencido o prazo sem que se regularize a situação migratória, a deportação poderá ser executada.

A saída voluntária de pessoa notificada para deixar o País equivale ao cumprimento da notificação de deportação para todos os fins.

Em se tratando de apátrida, o procedimento de deportação dependerá de prévia autorização da autoridade competente.

Finalmente, eventual *habeas corpus* a ser impetrado contra o ato de deportação será de competência da Justiça Federal de primeira instância, na dicção do art. 109, VII, da CF/1988, e não do STF, já que não estarão configuradas as hipóteses do art. 102, I, "d" e "i", da CF/1988, salvo se se caracterizar extradição indireta. Isso porque, de acordo com o art. 53, da Lei nº 13.445/2017, como visto, não se procederá à deportação se esta implicar extradição inadmitida pela Lei brasileira.[26]

16.7.3 Expulsão

A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado (art. 54, da Lei nº 13.445/2017), devendo-se garantir, no processo de expulsão, o contraditório e a ampla defesa. A existência de processo de expulsão não impede a saída voluntária do expulsando do País.

Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de:

• crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002; ou

• crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Caberá à autoridade competente resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão, observado o disposto na Lei nº 13.445/2017.

O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

---

[26] Cf. HC 54.718, j. 1976, Plenário do STF, e HC 87.007-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2005, decisão monocrática, DJ de 2005.

O prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo.

Regulamento definirá procedimentos para apresentação e processamento de pedidos de suspensão e de revogação dos efeitos das medidas de expulsão e de impedimento de ingresso e permanência em território nacional, devendo dispor, ainda, sobre condições especiais de autorização de residência para viabilizar medidas de ressocialização a migrante e a visitante em cumprimento de penas aplicadas ou executadas em território nacional.

Diferentemente da extradição passiva, que se funda na prática de delito fora do território nacional, a hipótese de expulsão dar-se-á quando o delito ou infração for cometido dentro do território nacional, caracterizando-se como verdadeiro instrumento coativo de retirada do estrangeiro do território pátrio, nas hipóteses descritas na Lei (art. 22, XV, da CF/1988). A expulsão, portanto, prescinde de (dispensa) provocação da autoridade estrangeira, ao contrário do que ocorre com a extradição.

O art. 55, da Lei nº 13.445/2017 veda a expulsão quando:

• a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira;

• o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;

• o expulsando tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente;

• o expulsando tiver ingressado no Brasil até os 12 anos de idade, residindo desde então no País;

• o expulsando for pessoa com mais de 70 anos que resida no País há mais de 10, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão.

Quanto à expressa literalidade do art. 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, revogada, no sentido de não obstar a expulsão se o filho fosse concebido ou tivesse nascido após a prática do delito ensejador da medida de expulsão, de modo geral o STF, na vigência, da Lei antiga (muito embora se reconhecesse interpretação mais flexível no STJ à luz dos art. 227 e art. 229, da CF/1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Decreto nº 99.710/1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança),[27] vinha adotando a posição mais restritiva, expressa no texto legal.[28]

---

[27] A partir do julgamento do HC 31.449, o STJ vem adotando interpretação sistemática do referido art. 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, em face da da CF/1988, do ECA e da Convenção sobre os Direitos da Criança: "EMENTA: (...). 1. A regra do art. 75, II, "b", da Lei 6.815/1980 deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios, da CF/1988, da Lei 8.069/1990 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. 2. A proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais. 3. Ordem concedida" (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 2004). Nesse sentido, cf. HC 88.882/STJ e AgRg no HC 115.603/STJ.

[28] Nesse sentido: "A existência de filha brasileira só constitui causa impeditiva da expulsão de estrangeiro, quando sempre a teve sob sua guarda e dependência econômica, mas desde que a tenha reconhecido antes do

Em edições anteriores à nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), vislumbrávamos, contudo, a possibilidade (necessidade.) de modificação da jurisprudência da Corte, estando o tema pendente de análise no RE 608.898.

Isso porque, de acordo com o precedente citado do STJ, segundo o Min. Teori Zavascki, "a proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais".

Dessa forma, para nós, seriam causas obstaculizadoras da expulsão, também, a existência de nascituro ou mesmo o nascimento de filho após a prática do delito. Temos de aguardar a análise do STF em relação a esse tema tão importante, que envolve o reconhecimento ou não do vínculo de afetividade como causa autônoma e impeditiva do ato de expulsão.[29]

Essa nossa orientação encontra fundamento na nova legislação (Lei de Migração) que, felizmente, evoluindo, não estabeleceu as restrições do revogado "Estatuto dos Estrangeiros" – Lei nº 6.815/1980) – cf. art. 55, II, "a", da Lei nº 13.445/2017.

Nesse sentido, destacamos liminar deferida monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio no julgamento do HC 148.558 (j. 2017) pela qual se afastou qualquer condicionante cronológica quanto ao nascimento de filhos no país, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão (no mesmo sentido, cf. liminar deferida em 2018 no julgamento do HC 150.343 – nos dois casos, mérito pendente).

Finalmente, em relação à existência de cônjuge (ou companheiro, agora na nova lei), já na vigência, da Lei anterior revogada (art. 75, II, "a", da Lei nº 6.815/1980) sustentávamos uma interpretação mais ampla, abrangendo, naturalmente, a preservação das entidades familiares fundadas também em uniões estáveis hétero ou homoafetivas. O art. 55, II, "b", da Lei nº 13.445/2017, proíbe qualquer tipo de discriminação.

16.7.4 Banimento: Existe expulsão ou banimento de brasileiros?

Não. Isso porque o envio compulsório de brasileiros ao estrangeiro, que caracterizaria a pena de banimento, é inadmitido pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, XLVII, "d", da CF/1988).

---

fato que haja motivado a expedição do decreto expulsório" (HC 82.893, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2004, Plenário, DJ de 2005). No mesmo sentido: HC 110.849, j. 2012, 2ª T., HC 100.793, j. 2010, Plenário, HC 97.095, j. 2010, Plenário, HC 85.203, j. 2009, Plenário etc.

[29] Nesse sentido, destacamos liminar concedida pelo Min. Celso de Mello, em 2012, no julgamento do HC 114.901, fundada no dever constitucional de preservar a unidade e de proteger a integridade da entidade familiar, mesmo que não fundada no casamento.

16.8 Asilo Político e Refúgio (Direito de Permanecer no Brasil)

Se por um lado vimos os mecanismos de entrega, agora a análise se dá no que respeita ao direito de permanecer no Brasil, seja em razão das regras decorrentes de tratados, seja pelo asilo político ou refúgio.

Cabe observar que o visto é o documento que dá a seu titular expectativa de ingresso em território nacional, sendo concedido por embaixadas, consulados-gerais, consulados, vice-consulados e, quando habilitados pelo órgão competente do Poder Executivo, por escritórios comerciais e de representação do Brasil no exterior. Excepcionalmente, os vistos diplomático, oficial e de cortesia poderão ser concedidos no Brasil (art. 6º e art. 7º, da Lei nº 13.445/2017).[30]

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio de concessão de asilo político, regulado em diversos tratados dos quais o Brasil é signatário (art. 4º, X, da CF/1988).

Segundo Rezek, asilo político "... é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial –, por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum".[31]

O art. XIV – I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que "toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países". No entanto, esclarece, em seu art. XIV, 2 – I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que mencionado direito não poderá ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos ou princípios das Nações Unidas. Nessa mesma linha, o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica prescreve que o direito de receber asilo em território estrangeiro se restringe às hipóteses de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com os delitos políticos.

O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

• asilo diplomático: concedido ao estrangeiro pela autoridade diplomática brasileira no exterior, ficando protegido, por exemplo, na Embaixada, no Consulado, em navio, aeronave, acampamento militar etc;

• asilo territorial: concedido ao estrangeiro no âmbito espacial da soberania estatal;

---

[30] De acordo com o art. 12, da Lei nº 13.445/2017, art. 12 – ao solicitante que pretenda ingressar ou permanecer em território nacional poderá ser concedido visto: I – de visita; II – temporário; III – diplomático; IV – oficial; V – de cortesia.

[31] REZEK, José Francisco: *Direito internacional público*.

A Lei de Migração, além de prescrever que a saída do asilado do País sem prévia comunicação implica renúncia ao asilo, veda (proíbe) a sua concessão a quem tenha cometido:

• crime de genocídio;

• crime contra a humanidade;

• crime de guerra;

• crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002.

O asilo político não se confunde com o refúgio. Enquanto o asilo político relaciona-se ao indivíduo perseguido, o refúgio decorre de um abalo maior das estruturas de determinado país e que, por esse motivo, possa gerar vítimas em potencial.

A regulamentação do refúgio e a definição de mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, mesmo com o advento, da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), continua sendo implementada por legislação específica, no caso a Lei nº 9.474/1997, cujas normas deverão ser observadas (art. 2º e 121, da Lei nº 13.445/2017).

O refúgio é solicitado ao Comitê Nacional para os Refugiados, que funciona no Ministério da Justiça e está regulamentado na Lei nº 9.474/1997, que dispõe, em seu art. 1º, da Lei nº 9.474/1997 ser reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

• devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

• não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

• devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

16.9 Perda da Nacionalidade

16.9.1 Hipóteses de perda da nacionalidade

As hipóteses de perda da nacionalidade estão taxativamente previstas no art. 14, § 4º, I e II, da CF/1988. Assim, os pressupostos para declaração da perda da nacionalidade são:

• cancelamento da naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, da CF/1988);

• aquisição de outra nacionalidade (art. 12, § 4º, II, da CF/1988).

Apesar da previsão constitucional, na linha de documentos internacionais, a Lei de Migração estabelece que o risco de geração de situação de apatridia será levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade (art. 75, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017).

16.9.1.1 Cancelamento da naturalização

O pressuposto para o cancelamento da naturalização está previsto na CF/1988 (atividade nociva ao interesse nacional), bem como o seu instrumento (cancelamento através de sentença judicial transitada em julgado). O procedimento, por sua vez, está disciplinado nos art. 24 ao art. 34, da Lei nº 818/1949 (instaurado o inquérito para apurar se houve prática de atividade nociva ao interesse nacional, após tomar vistas, o órgão do Ministério Público Federal poderá oferecer denúncia, instaurando o processo judicial de cancelamento. A decisão que concluir pelo cancelamento da naturalização terá efeitos *ex nunc*, ou seja, o indivíduo só perde a naturalização a partir da sentença).

Devemos aclarar que o processo de cancelamento da naturalização atingirá somente o brasileiro naturalizado, e não o nato, que, como veremos, só poderá perder a nacionalidade na hipótese de aquisição de outra nacionalidade (salvo os permissivos constitucionais).

A regra contida no art. 12, § 4º, I, da Lei nº 818/1949, foi discutida pelo STF em interessante caso.

Tratava-se do RMS 27.840, em que austríaco naturalizado brasileiro (portanto, brasileiro naturalizado, e não nato) buscava rever ato administrativo editado pelo Ministro da Justiça, pelo qual se cancelou a referida naturalização, cujo pedido havia sido instruído com documentos falsos, já que se apurou que ele tinha condenação criminal anterior à naturalização.

O Min. Lewandowski negou provimento ao recurso, sustentando que o cancelamento administrativo se deu diante da possibilidade que a Administração tem de rever os seus atos quando eivados de vício insanável (S. 473/STF) e, ainda, nos termos do art. 112, § 2º e § 3º[32], da Lei nº 6.815/1980, na medida em que a discussão não analisava o crime, mas a falsidade da documentação apresentada, qual seja, a fraude.

Contudo, o STF, por maioria, decidiu que, de acordo com a literalidade do art. 12, § 4º, I, da CF/1988, a perda da nacionalidade, mesmo diante das circunstâncias do caso, somente

[32] Art. 112, § 2º, § 3º, da Lei nº 6.815/1980, art. 112 – são condições para a concessão da naturalização: § 2º – verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos neste art. ou nos art. 113 e art. 114 desta Lei, será declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida; § 3º – a declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação".

poderá ser verificada por sentença judicial transitada em julgado, e não por ato administrativo.

Isso porque, para a Min. Cármen Lúcia, Relatora, seguida pela maioria dos Ministros, muito embora o art. 112, § 2º e § 3º, da Lei nº 6.815/1980 tivessem sido recepcionados pela CF/1988, o DL nº 274/2007, que aprova o texto da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, celebrada 1961, revogou-os (lembramos também que a Lei nº 6.815/1980 foi integralmente revogada pela Lei de Migração).

Assim, na medida em que a referida Convenção prevê a perda da nacionalidade somente por decisão de "Tribunal" ou "órgão independente", e como no Brasil não existem os ditos "órgãos independentes" na estrutura administrativa, a única forma de perda da nacionalidade seria por sentença judicial transitada em julgado.

16.9.1.2 Aquisição de outra nacionalidade

Também perderá a nacionalidade (e aqui a terminologia utilizada é nacionalidade, e não naturalização) o brasileiro nato ou naturalizado que, voluntariamente, adquirir outra nacionalidade.

Ao contrário do cancelamento da naturalização em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, a perda da nacionalidade em decorrência da aquisição de outra dar-se-á após procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa, por Decreto do Presidente da República (art. 23, da Lei nº 818/1949).

A ECR nº 3/1994, alterando a redação do art. 12, § 4º, II, da CF/1988, estabeleceu duas hipóteses em que a aquisição de outra nacionalidade (dupla nacionalidade) não implicará a perda da brasileira. São elas:

• reconhecimento de nacionalidade originária pela Lei estrangeira: trata-se do reconhecimento da nacionalidade originária, ou seja, aquela adquirida com o nascimento (primária). Ex.: o indivíduo que nasceu no território brasileiro, filho de italianos que estavam em férias no Brasil (obs.: não se encontravam a serviço da Itália), será brasileiro nato (art. 12, I, "a", da CF/1988 – *ius solis*) e poderá adquirir a nacionalidade italiana (*ius sanguinis*) sem perder a brasileira;

• imposição de naturalização pela norma estrangeira: o brasileiro residente em Estado estrangeiro que, como condição para sua permanência naquele país (por motivo de trabalho, exercício profissional), ou para o exercício de direitos civis (herança, por exemplo), tiver, por imposição da norma estrangeira, de se naturalizar não perderá a nacionalidade brasileira.

Para ilustrar o assunto, destacamos o julgamento inédito realizado pela 1ª Turma do STF ao apreciar o pedido de extradição de brasileira nata acusada de ter assassinado o marido norte-americano no estado de Ohio, em 2007, e ter retornado ao Brasil após o suposto

crime (os fatos a seguir expostos foram retirados do voto do Min. Barroso no julgamento do MS 33.864 e das informações veiculadas na imprensa).

A extraditanda, que nasceu no Rio de Janeiro, e, portanto, pelo critério do *ius solis*, era brasileira nata, mudou-se para os EUA no ano de 1990, onde se casou com um médico de Nova York, tendo, então, conseguido o *green card*, qual seja, a licença de residência permanente para viver e trabalhar no país.

Em 1999, portanto, 9 anos depois, ainda casada com o primeiro marido, a brasileira, por livre e espontânea vontade, optou pela nacionalidade americana, declarando "renunciar e abjurar fidelidade a qualquer Estado ou soberania".

Alguns anos depois, em 2005, a extraditanda, divorciada do primeiro marido, casou-se novamente com um veterano das guerras do Afeganistão e do Iraque, major da Força Aérea norte-americana, considerado um herói nacional. Em 2007, o corpo desse seu segundo marido foi encontrado com perfurações de balas nas costas e na cabeça. Coincidentemente, na mesma época dos fatos, a extraditanda voltou para o Brasil e passou a ser a principal suspeita para a polícia americana.

Na medida em que a extraditanda renunciou à nacionalidade brasileira ao adotar a cidadania norte-americana em 1999 em razão do casamento (nacionalidade secundária) e pela opção formal de abrir mão da brasileira, não se enquadrando, portanto, nas exceções constitucionais acima expostas, ela perdeu a nacionalidade brasileira.

Por esse motivo, o Ministro da Justiça, nos termos da Portaria nº 2.465/2013, formalmente, declarou a perda da nacionalidade, nos termos do art. 12, § 4º, II, da da CF/1988, por ter adquirido outra nacionalidade e não se encontrar nas exceções constitucionais.

Esse ato do Ministro da Justiça foi questionado tanto no STJ como no STF, que, ao final, entendeu-o legítimo e nos termos da Constituição (MS 33.864, Rel. Min. Barroso, j. 2016, 1ª T.).

Assim, atendidos os requisitos formais e legais previstos na Lei nº 6.815/1980 (aplicável à época do julgamento, já que a Lei de Migração só entrou em vigor em 2017, qual seja, 180 dias após a sua publicação oficial – art. 125, da Lei nº 13.445/2017) e no Tratado de Extradição Brasil-Estados Unidos, presentes os pressupostos materiais (a dupla tipicidade e punibilidade de crime comum praticado por estrangeiro), a extradição foi deferida, exigindo-se do Estado requerente os seguintes compromissos: "a) não executar pena vedada pelo ordenamento brasileiro, pena de morte ou de prisão perpétua (art. 5º, XLVII, "a" e "b", da CF/1988); b) observar o tempo máximo de cumprimento de pena possível no Brasil, 30

(trinta) anos (art. 75, do CP)[33]; e c) detrair do cumprimento de pena eventualmente imposta o tempo de prisão para fins de extradição por força deste processo" (Ext. 1.462, Rel. Min. Barroso, j. 2017, 1ª T., DJE de 2017).

O trânsito em julgado da referida decisão, após a interposição de recursos, ocorreu em 2017, viabilizando, assim, a entrega da acusada para o Governo norte-americano, fato que ocorreu em 2018, mediante o compromisso formal de serem observadas as imposições estabelecidas pela decisão do STF, agora explicitadas no art. 96, da Lei de Migração, em vigor (lembramos que o Estado de Ohio nos EUA admite tanto a prisão perpétua como a pena de morte e por isso a preocupação do Brasil em acompanhar o desenrolar do processo para verificar o cumprimento do compromisso assumido).

Essa decisão do STF se mostra extremamente relevante já que se trata do primeiro caso de extradição de brasileiro nato que perdeu a nacionalidade em razão de ter adquirido outra fora das hipóteses admitidas pela Constituição (art. 12, § 4º, II, "a" e "b", da CF/1988). Assim, no momento da extradição, a acusada não mais ostentava a nacionalidade brasileira, não se aplicando, dessa forma, o art. 5º, LI, da CF/1988.

16.10 Reaquisição da Nacionalidade Brasileira Perdida

Cancelada a naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, da CF/1988), ou perdida a nacionalidade (primária ou secundária) em decorrência da aquisição de outra nacionalidade fora dos permissivos constitucionais (art. 12, § 4º, II, da CF/1988), seria possível readquiri-las?

• cancelamento da naturalização: não poderá readquiri-la, a não ser mediante ação rescisória, nunca por meio de um novo processo de naturalização, sob pena de contrariedade ao texto constitucional;

• aquisição de outra nacionalidade: o revogado art. 36, da Lei nº 818/1949 pela Lei de Migração previa a possibilidade de reaquisição por Decreto presidencial, se o ex-brasileiro estivesse domiciliado no Brasil. Entendemos, contudo, que tal dispositivo só teria validade se a reaquisição não contrariasse os dispositivos constitucionais e, ainda, se existissem elementos que atribuíssem nacionalidade ao interessado.[34]

---

[33] Devemos lembrar que a Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime" – aperfeiçoa a legislação penal e processual penal), alterou o art. 75, do CP, para estabelecer que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos.

[34] José Afonso da Silva sugere apenas as regras do art. 36, da Lei nº 818/1949 – e certamente a lógica seria a mesma em relação à Lei nº 13.445/2017 – que revogou referida Lei nº 818/1949 – e ao seu regulamento, qual seja, o art. 254 do Decreto nº 9.199/2017. E observa: "... a reaquisição da nacionalidade opera a partir do decreto que a conceder, não tendo efeito retroativo, mas o readquirente recupera a condição que perdera: se era brasileiro nato, voltará a ser brasileiro nato; se naturalizado, retomará essa qualidade" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*). Já Alexandre de Moraes entende que a reaquisição só se dará através do processo de naturalização, tornando-se, inclusive o ex-brasileiro nato, agora, naturalizado (MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional*).

Essa nossa preocupação, apresentada ao analisar o agora revogado art. 36, da Lei nº 818/1949, ainda persiste, pensamos, com a entrada em vigor, da Lei de Migração, que traz a seguinte regra em no art. 76, Lei nº 13.445/2017: "o brasileiro que, em razão do previsto no art. 12, § 4º II, da CF/1988, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo".

Apesar dessa nossa crítica, essa matéria foi regulamentada no art. 254 do Decreto nº 9.199/2017:

• cessação da causa: cessada a causa da perda de nacionalidade, o interessado, por meio de requerimento endereçado ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, poderá pleitear a sua reaquisição, que ficará condicionada à comprovação de que possuía a nacionalidade brasileira; e à comprovação de que a causa que deu razão à perda da nacionalidade brasileira cessou. O Decreto regulamentar deixa claro ainda que a cessação da causa da perda da nacionalidade brasileira poderá ser demonstrada por meio de ato do interessado que represente pedido de renúncia da nacionalidade então adquirida;

• revogação do ato que declarou a perda: o ato que declarou a perda da nacionalidade poderá ser revogado por decisão do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública caso seja constatado que estava presente uma das exceções previstas no art. 12, § 4º, II, "a" e b", da CF/1988.

O art. 254, § 7º, do Decreto nº 9.199/2017, apesar de nossa crítica, estabelece que o deferimento do requerimento de reaquisição ou a revogação da perda importará o restabelecimento da nacionalidade originária brasileira.

17 DIREITOS POLÍTICOS

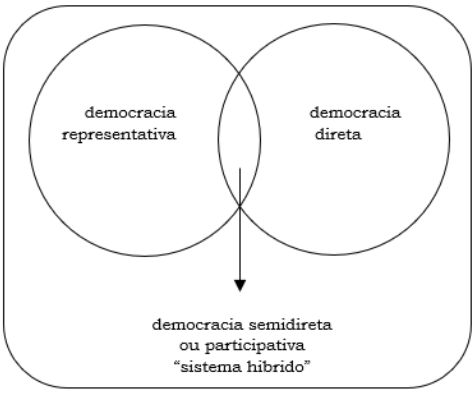
Sumário: 17.1 Noções Introdutórias 17.2 Soberania Popular, Nacionalidade, Cidadania, Sufrágio, Voto e Escrutínio 17.3 Direito Político Positivo (Direito De Sufrágio) 17.4 Direitos Políticos Negativos 17.5 Servidor Público E Exercício Do Mandato Eletivo

17.1 Noções Introdutórias

17.1.1 Democracia semidireta ou participativa

Os direitos políticos nada mais são que instrumentos por meio dos quais a Constituição Federal garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente.[1]

De modo geral podemos classificar os regimes democráticos em três espécies: a) democracia direta, em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários, sem representantes; b) democracia representativa, na qual o povo, soberano, elege representantes, outorgando-lhes poderes, para que, em nome deles e para o povo, governem o país; e c) democracia semidireta ou participativa, um "sistema híbrido", uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta, a qual, conforme observação de Mônica de Melo, constitui um mecanismo capaz de propiciar, "além da participação direta, concreta do cidadão na democracia representativa, controle popular sobre os atos estatais".[2]



[1] Clássica é a sempre lembrada definição de Pimenta Bueno, para quem os direitos políticos são "prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, os direitos de deputados ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado" (PIMENTA BUENO, José Antônio: *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*).

[2] Revista da PGE/SP, nº 336, 1993.

A democracia participativa ou semidireta assimilada pela CF/1988 (art. 1º, parágrafo único, e art. 14, da CF/1988) caracteriza-se, portanto, como a base para que se possa, na atualidade, falar em participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania, que se instrumentaliza por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como pelo ajuizamento da ação popular.

Passemos, então, a conceituar cada um dos institutos da democracia direta (soberania popular). Comecemos diferenciando plebiscito de referendo.

Ao diferenciar os institutos, procuramos apontar os pontos de aproximação (semelhanças) e os pontos de distinção (diferenças). A semelhança entre eles reside no fato de ambos serem formas de consulta ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

A diferença está no momento da consulta: a) no plebiscito, a consulta é prévia, sendo convocado com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, por meio do voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido à apreciação. Ou seja, primeiro consulta-se o povo, para depois, só então, a decisão política ser tomada, ficando o governante condicionado ao que for deliberado pelo povo; b) por outro lado, no *referendum*, primeiro se tem o ato legislativo ou administrativo, para, só então, submetê-lo à apreciação do povo, que o ratifica (confirma) ou o rejeita (afasta).

O art. 3º, da Lei nº 9.709/1998 estabelece que nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do art. 18, § 3º da CF/1988, o plebiscito e o referendo são convocados mediante Decreto Legislativo, por proposta de 1/3, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional. Recorde-se, por fim, que a competência para autorizar referendo e convocar plebiscito, de acordo com o art. 49, XV, da CF/1988, é exclusiva do Congresso Nacional, materializada, como visto, por Decreto Legislativo.

O outro instrumento de participação popular, por intermédio de um processo, de forma direta, no exercício do poder, dá-se por iniciativa popular, que consiste, em âmbito federal, na apresentação de projeto de Lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles (ver art. 61, § 2º, da CF/1988).[3]

Finalmente, além das já citadas formas de participação popular, podemos lembrar a ação popular (que foi mais bem estudada junto com os remédios constitucionais – item 14), bem como diversas outras previstas, a título de exemplo, nos art. 10, art. 11, art. 31, § 3º, art. 37, § 3º, art. 74, § 2º, art. 194, parágrafo único, VII, art. 206, VI, art. 216, § 1º etc., todos, da CF/1988.

---

[3] Remetemos o nosso querido leitor para o item 9.13.3.4, no qual o instituto da iniciativa popular é aprofundado.

17.1.2 Plebiscito versus referendo: experiências na história brasileira

Surge então a importante pergunta: há alguma experiência de plebiscito ou de referendo na história das eleições no Brasil?

17.1.2.1 Referendo para manutenção ou não do regime parlamentarista (1963)

Em um primeiro momento, lembramos a EC nº 4/1961, à Constituição de 1946, que, no art. 25, da CF/1946 fixou a possibilidade de Lei Complementar "... dispor sobre a realização de "plebiscito" que decida sobre a manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a "consulta plebiscitária" nove meses antes do termo do atual período presidencial".

Determinou-se, então, a realização do denominado "plebiscito" para o ano de 1965, com o objetivo de saber se o sistema de governo parlamentar deveria ser mantido ou se o sistema presidencial seria retomado.

Parece-nos que se tratava, em essência, de referendo, uma vez que, depois de já tomado o ato (a instituição do parlamentarismo no Brasil), proceder-se-ia à consulta popular para confirmar ou afastar tal decisão.

Essa situação foi reconhecida pela LC nº 2/1962, que, antecipando a consulta popular, no art. 2º, da LC nº 2/1962, estabeleceu que "a EC nº 4/1961, será submetida a *referendum* popular no dia 6 de janeiro de 1963", completando em seus parágrafos: "proclamado pelo Superior Tribunal Eleitoral o resultado, o Congresso organizará, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, o sistema de governo na base da opção decorrente da consulta" (ou seja, a consulta vincula a decisão a ser tomada). Em seguida estabeleceu: "terminado esse prazo, se não estiver promulgada a emenda revisora do parlamentarismo ou instituidora do presidencialismo, continuará em vigor a EC nº 4/1961, ou voltará a vigorar em sua plenitude a CF/1946, conforme o resultado da consulta popular".

Portanto, com todo o respeito a eventual entendimento contrário, a nosso ver, o primeiro referendo realizado no Brasil foi o do dia 6 de janeiro de 1963, em que foi decidido o retorno ao sistema presidencial.

17.1.2.2 Plebiscito para a escolha entre a forma (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) (1993)

Posteriormente, tivemos o primeiro plebiscito no Brasil, com data inicial prevista para 7 de setembro de 1993, nos termos do art. 2º, do ADCT, antecipada para 21 de abril de 1993 pela EC nº 2/1992. O resultado todos já conhecem – a manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo.

17.1.2.3 Referendo para a manifestação do eleitorado sobre a manutenção ou rejeição da proibição da comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional (2005)

Chegamos ao referendo sobre o desarmamento, de 23 de outubro de 2005.

O art. 35, da Lei nº 10.826/2003 (conhecida como Estatuto do Desarmamento) proibiu a comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para os integrantes das entidades relacionadas no art. 6º, da Lei nº 10.826/2003.

Tal proibição, contudo, a teor do art. 35, § 1º, da Lei nº 10.826/2003, para entrar em vigor dependia de aprovação mediante referendo popular, autorizado, nos termos do art. 49, XV, da CF/1988, pelo Congresso Nacional, mediante o DL nº 780/2005.

O TSE, nos termos, da Lei nº 9.709/1998, organizou o referendo para consultar o eleitorado sobre a comercialização de armas de fogo e munição no território nacional, tendo sido realizado em 23 de outubro de 2005, e com a seguinte questão: "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?".

Se a maioria simples do eleitorado nacional se manifestasse afirmativamente ("SIM") à questão proposta, a vedação constante do Estatuto do Desarmamento entraria em vigor na data de publicação do resultado do referendo pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Como todos sabem, após a apuração dos votos do aludido referendo, segundo dados oficiais do TSE, o "NÃO" recebeu 59.109.265 votos (63,94%) e o "SIM", 33.333.045 votos (36,06%). Foram registrados 1.329.207 (1,39%) votos em branco e 1.604.307 (1,68%) votos nulos. Dos 122.042.825 eleitores, compareceram às urnas 95.375.824 (78,15%). A abstenção foi de 26.666.791 (21,85%). Assim, o comércio de armas de fogo e munição, nos termos, da Lei e por força do referendo, continua permitido no Brasil.

Concordamos com Jorge Hélio ao afirmar que, "da mesma forma que se dá nas eleições convencionais, nas quais o eleitorado escolhe os chefes do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal, o voto será obrigatório no referendo vindouro para os maiores de 18 e com menos de 70 anos, alfabetizados. Os analfabetos, os maiores de 70 anos e aqueles com idades entre 16 e 17 anos, desde que

alistados eleitoralmente, votarão se assim quiserem. Para este grupo de pessoas, o voto é facultativo, como reza o art. 14, § 1º, da CF/1988".[4]

17.1.2.4 Referendo no Estado do Acre para decidir sobre o fuso horário (2010)

O DL nº 900/2009 convocou, com fundamento no art. 49, XV, c/c o art. 1º, parágrafo único, e o art. 14, II, da CF/1988, referendo a ser realizado no Estado do Acre, que teve a hora legal alterada pela Lei nº 11.662/2008 para menos 1 hora em relação a Brasília (reduzindo, assim, de 4 para 3 os fusos horários no Brasil), para consultar o eleitorado do Estado sobre a conveniência e a oportunidade da referida alteração.

O eleitorado foi chamado a responder "Sim" ou "Não" à seguinte questão: "Você é a favor da recente alteração do horário legal promovida no seu Estado?"

Com 56,87% dos votos, os eleitores do Acre decidiram pelo retorno do fuso horário antigo, de duas horas de diferença em relação a Brasília. A Lei nº 12.876/2013, prestigiando a vontade popular, restabeleceu, formalmente, os 4 fusos horários para o território brasileiro.[5]

17.1.2.5 Plebiscitos no Estado do Pará para decidir sobre a formação dos Estados do Carajás e do Tapajós (2011)

O DL nº 136/2011 dispôs sobre a realização de plebiscito para a criação do Estado do Carajás, nos termos do art. 49, XV, da CF/1988, enquanto, por sua vez, o DL nº 137/2011 convocou plebiscito sobre a criação do Estado do Tapajós, objetivando o processo de desmembramento formação em relação ao atual Estado do Pará.

Em ambos os casos, mais de 66% dos votos válidos refletiram a vontade da maioria contra a criação dos novos Estados (cf. itens 7.5.1.2 e 7.5.1.6).

---

[4] OLIVEIRA, Jorge Hélio Chaves: Olhar jurídico, Fortaleza, 2005.

[5] Até 1913, o Brasil possuía apenas 1 fuso horário. O Decreto nº 2.784/1913 dividiu o território do país, no que diz respeito à hora legal, em 4 fusos distintos. A citada Lei nº 11.662/2008 reduziu para 3 fusos, retirando o Acre e a Amazônia ocidental do 4º fuso (que foi extinto). Após manifestação popular no Estado do Acre, a Lei nº 12.876/2013 restabeleceu os 4 fusos originários, tendo como parâmetro o meridiano de Greenwich. A citada Lei nº 11.662/2008, de autoria do então Senador Tião Viana (PT-AC), que depois veio a se tornar governador do Estado, reduziu de 2 para 1 hora a diferença em relação ao horário oficial de Brasília, sob o fundamento de sugeridos prejuízos econômicos, sociais e culturais, especialmente durante a vigência do horário de verão, quando a diferença passava a ser de três horas. Conforme visto, atualmente a diferença (fora do horário de verão) é de 2 horas.

17.1.3 O resultado do plebiscito ou do referendo pode ser modificado por Lei ou emenda à Constituição?

Essa pergunta é interessante. Em outras palavras, proclamado o resultado do plebiscito ou do referendo, poderia o legislador contrariar a manifestação popular editando Lei ou Emenda à Constituição em sentido contrário?

Exemplificando: tendo o povo confirmado, pelo voto, ser contra a proibição do porte de armas, poderia o legislador editar uma Lei em sentido contrário? Essa Lei teria validade?

Ou, ainda, tendo o povo manifestado em plebiscito a preferência pelo presidencialismo, poderia uma Emenda à Constituição instituir o parlamentarismo no Brasil?

Entendemos que tanto a Lei como a EC seriam flagrantemente inconstitucionais. Isso porque, uma vez manifestada a vontade popular, esta passa a ser vinculante, não podendo ser desrespeitada. No caso, seus dispositivos seriam inconstitucionais por violarem o art. 14, I ou II, c/c o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, qual seja, o princípio da soberania popular.

Assim sendo, parece-nos possível concluir que a democracia direta prevalece sobre a democracia representativa.

A única maneira de modificar a vontade popular seria mediante uma nova consulta ao povo, a ser convocada ou autorizada por Decreto Legislativo do Congresso Nacional (art. 49, XV, da CF/1988).

Cumpre alertar, contudo, que o Decreto Legislativo dependeria de provocação do legislador, seja por meio de Lei (no caso do porte de armas), seja por meio de nova emenda (no caso do sistema de governo). Nessas hipóteses, a Lei ou emenda deveria prever a futura convocação pelo Congresso Nacional do novo plebiscito.

O presente tema se mostra extremamente relevante, pois a PEC nº 20-A/1995 institui o parlamentarismo (e é objeto de discussão pelo STF no MS 22.972 – pendente), assim como a PEC nº 9/2016, tendo o tema sido reavivado no contexto da crise política que passou o país durante o impeachment de Dilma Rousseff.

17.1.4 Quadro comparativo: Plebiscito versus referendo

	CONCEITO	**CONGRESSO NACIONAL (Competência Exclusiva)**	**INSTRUMENTO PARA CONVOCAR PLEBISCITO E AUTORIZAR REFERENDO**	**PRINCIPAL DIFERENÇA – Momento da Consulta**
PLEBISCITO	• consulta formulada ao povo, efetivando-se em relação àqueles que tenham capacidade eleitoral ativa, para	• art. 49, XV, da CF/1988 –	• Decreto Legislativo	• prévia – o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou

	que deliberem sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa	convoca plebiscito		administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido
REFERENDO	• consulta formulada ao povo, efetivando-se em relação àqueles que tenham capacidade eleitoral ativa, para que deliberem sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa	• art. 49, XV, da CF/1988 – autoriza referendo	• Decreto Legislativo	• posterior – o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição

17.1.5 Outros institutos de democracia semidireta ou participativa: Recall e veto popular

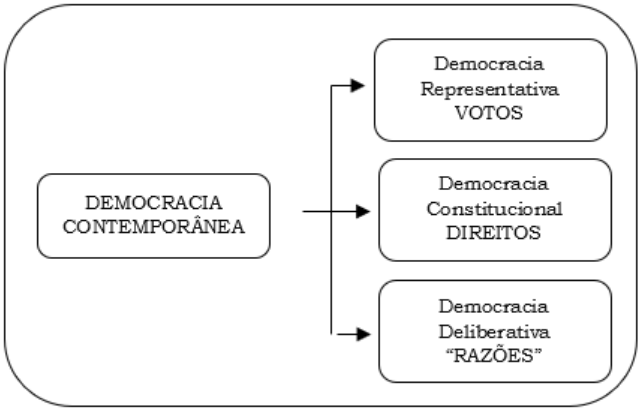
Outros institutos de democracia semidireta poderiam ser mencionados, como o *recall* e o veto popular, não adotados, porém, pelo constituinte de 1988:

• *recall*: com a sua origem nos EUA, o *recall* seria um mecanismo de revogação popular do mandato eletivo, por exemplo, em razão de não cumprimento de promessas de campanha. José Afonso da Silva denomina "revocação popular", definindo-a como um "instituto de natureza política pelo qual os eleitores, pela via eleitoral, podem revocar mandatos populares";[6]

• veto popular: instrumento pelo qual o povo poderia vetar projetos de lei, podendo arquivá-los, mesmo contra a vontade do Parlamento. Segundo Agra, "a diferença entre o veto popular e o plebiscito é que, naquele, o seu uso se restringiria a projetos de leis que estivessem tramitando no Congresso Nacional, manifestando-se a população contra a sua aprovação, e este se refere a qualquer propositura que a população tenha interesse que passe a integrar o ordenamento jurídico, independentemente de sua tramitação no Congresso Nacional".[7]

17.1.6 Democracia contemporânea: Novas perspectivas (Luís Roberto Barroso)

[6] SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular*.
[7] AGRA, Walber de Moura: *Curso de direito constitucional*.



Conforme observa Barroso, "a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa".[8] Vejamos:

• democracia representativa: o seu elemento essencial seria o voto popular e os protagonistas institucionais o Congresso Nacional e o Presidente da República, eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico;

• democracia constitucional: o seu componente nuclear é o respeito aos direitos fundamentais, que deverão ser assegurados mesmo contra a vontade das maiorias políticas. Nesse sentido, observa Barroso, "o árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional desta dimensão da democracia, é a Suprema Corte";[9]

• democracia deliberativa: o seu componente essencial é "o oferecimento de razões, a discussão de ideias, a troca de argumentos. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes. O protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns. Embora o oferecimento de razões também possa ser associado aos Poderes Legislativo e Executivo, o fato é que eles são, essencialmente, o locus da vontade, da decisão política. No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria-prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais.[10] Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la".

---

[8] BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista*.

[9] *Ibidi*.

[10] Em relação ao assunto, confira no item 1.6.4 a identificação dos papéis das Cortes e, nesse ponto, em especial, o papel representativo, também a partir das lições de BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista*.

Essa noção de democracia contemporânea será extremamente importante para se justificar, segundo proposta de Barroso, os papéis das Supremas Cortes e dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas (cf. o assunto no item 1.6).

17.2 Soberania Popular, Nacionalidade, Cidadania, Sufrágio, Voto e Escrutínio

Vejamos alguns conceitos básicos antes de analisar a teoria dos direitos políticos:

• Soberania popular, de acordo com Uadi Lammêgo Bulos, "... é a qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher os seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário".[11]

• Nacionalidade, como vimos, é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações.

• Cidadania tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e ser votado.[12] O cidadão, portanto, nada mais é que o nacional que goza de direitos políticos.

• Sufrágio é o direito de votar e ser votado.

• Voto é o ato por meio do qual se exercita o sufrágio, ou seja, o direito de votar e ser votado.

• Escrutínio é o modo, a maneira, a forma pela qual se exercita o voto (público ou secreto).

17.3 Direito Político Positivo (Direito de Sufrágio)

Como núcleo dos direitos políticos tem-se o direito de sufrágio, que se caracteriza tanto pela capacidade eleitoral ativa (direito de votar, capacidade de ser eleitor, alistabilidade) como pela capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado, elegibilidade).

17.3.1 Capacidade eleitoral ativa

---

[11] BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*.

[12] "Cidadania... qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política... Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

O exercício do sufrágio ativo dá-se pelo voto, que pressupõe: a) alistamento eleitoral na forma, da Lei (título eleitoral); b) nacionalidade brasileira (não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros – art. 14, § 2º, da CF/1988); c) idade mínima de 16 anos (art. 14, § 1º, II, "c", da CF/1988); e d) não ser conscrito[13] durante o serviço militar obrigatório.

Em relação ao título de eleitor, a Lei nº 12.034/2009 introduziu o art. 91-A à Lei nº 9.504/1997 estabelecendo que no momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deveria apresentar documento de identificação com fotografia.

A matéria foi questionada no STF por meio da ADI 4.467 e, às vésperas das eleições de 2010, a Corte, por maioria, entendeu que a necessidade de dupla identificação violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Bastaria a apresentação de documento oficial com foto para o exercício da capacidade eleitoral ativa, não sendo o título documento de apresentação obrigatória (medida cautelar deferida, mérito pendente).

Assim, o alistamento eleitoral e o voto são, de acordo com o art. 14, § 1º, I e II, "a", "b" e "c", da CF/1988:

OBRIGATÓRIOS	• maiores de 18 e menores de 70 anos de idade.
FACULTATIVOS	• maiores de 16 e menores de 18 anos de idade; • analfabetos; • maiores de 70 anos de idade.

O voto é direto, secreto, universal, periódico, livre, personalíssimo e com valor igual para todos:

• direto, no sentido de que o cidadão vota diretamente no candidato, sem intermediário. Excepcionalmente, porém, existe uma única hipótese de eleição indireta no Brasil, já estudada no capítulo sobre o Poder Executivo (art. 81, § 1º, da CF/1988), qual seja, quando vagarem os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos últimos 2 anos do mandato. Nessa situação excepcional, a eleição para ambos os cargos será feita pelo Congresso Nacional, na forma, da Lei;

• secreto, na medida em que não se dá publicidade da opção do eleitor, mantendo-a em sigilo absoluto; Nesse contexto, discutiu-se se essa regra explícita do voto secreto (prevista no art. 14, caput, da CF/1988) estender-se-ia, também, para a votação no Parlamento.

De maneira interessante, decidiu o STF que as deliberações parlamentares devem pautar-se pelo princípio da publicidade, a traduzir dogma do regime constitucional democrático. "[...] A cláusula tutelar inscrita no art. 14, caput, da CF/1988, tem por

[13] Conscritos são os convocados, ou melhor, os recrutados, para o serviço militar obrigatório. No caso de se engajarem no serviço militar permanente não são conscritos, e, em decorrência, José Afonso da Silva observa que "... soldados engajados, cabos, sargentos, suboficiais e oficiais das Forças Armadas e Polícias Militares são obrigados a se alistarem como eleitores" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

destinatário específico e exclusivo o eleitor comum, no exercício das prerrogativas inerentes ao status *activae civitatis*. Essa norma de garantia não se aplica, contudo, ao membro do Poder Legislativo nos procedimentos de votação parlamentar, em cujo âmbito prevalece, como regra, o postulado da deliberação ostensiva ou aberta. [...] A votação pública e ostensiva nas Casas Legislativas constitui um dos instrumentos mais significativos de controle do poder estatal pela sociedade civil" (ADI 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1994, DJ de 2001).

Nesse contexto, destacamos a EC nº 76/2013, que aboliu a votação secreta nos casos de perda do mandato de Deputado ou Senador (art. 55, § 2º, da CF/1988) e de apreciação do veto (art. 66, § 4º, da CF/1988). Muitas outras situações, contudo, continuam com o voto secreto (cf. item 9.5), o que, em nosso entender, viola o dever de prestação de contas dos representantes do povo (princípio da publicidade).

• universal, visto que o seu exercício não está ligado a nenhuma condição discriminatória, como aquelas de ordem econômica (ter ou não certa renda), intelectual (ser ou não alfabetizado), as concernentes a nome, família, sexo, cor, religião. O voto no Brasil, portanto, não é restrito, por não ser censitário (qualificação econômica) nem capacitário (capacitações especiais, notadamente de natureza intelectual);

• periódico, já que a democracia representativa prevê e exige mandatos por prazo determinado;

• livre, pois o eleitor pode escolher o seu candidato, ou, se preferir, anular o voto ou depositar a cédula em branco na urna. A obrigatoriedade está em comparecer às urnas, depositar a cédula ou, quando admitido, votar na urna eletrônica e assinar a folha de votação;

• personalíssimo, pois é vetada a votação por procurador. O voto é exercido pessoalmente pelo cidadão, identificado pelo título eleitoral. Buscando reforçar essa garantia de ser o voto personalíssimo, implantou-se no Brasil um procedimento de recadastramento biométrico, sob o fundamento de revisões do eleitorado, com vistas à atualização do cadastro eleitoral (cf. Res. nº 23.335/2011-TSE);

• com valor igual para todos, decorrente do princípio one man one vote – "um homem um voto", o voto deve ter valor igual para todos, independentemente da cor, sexo, situação econômica, social, intelectual etc. (voto igualitário).

Uma questão importante deve ser acompanhada. A Lei nº 13.165/2015 (Reforma Eleitoral) introduziu o art. 59-A na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), nos seguintes termos: 59-A – no processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado; Parágrafo único – O processo de votação não será concluído até que o

eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica".

O art. 12, da Reforma Eleitoral, por sua vez, determinou a implantação desse processo de votação eletrônica com impressão do registro do voto (art. 59-A, da Lei nº 9.504/1997), até a primeira eleição geral subsequente.

Esses dispositivos foram vetados pela então Presidente Dilma Rousseff, alegando o alto impacto financeiro (cerca de um bilhão e oitocentos milhões de reais.), sem a sua estimativa, nem a comprovação da adequação orçamentária (Mensagem nº 358/2015).

O Parlamento, por sua vez, derrubou o veto, e, assim, essas regras (voto eletrônico, registrado em papel, com a formal confirmação do eleitor) passaram a ser realidade.

Contudo, o STF, em 2018, por 8 x 2, deferiu a medida cautelar, com efeitos *ex tunc*, para suspender a eficácia do art. 59-A, da Lei nº 9.504/1997, incluído pelo art. 2º, da Lei nº 13.165/2015 (ADI 5.889, mérito pendente).

Além do risco de identificação do eleitor com a possível quebra do sigilo do voto e, por consequência, da liberdade de voto, o Relator destacou o sucesso do uso de urnas eletrônicas, além da "ausência de indícios de fraude generalizada ou de mau funcionamento do sistema a justificar a implantação do voto impresso".

Finalmente, lembramos que o constituinte originário, elevando à categoria de cláusulas pétreas, inadmitiu qualquer proposta de Emenda à Constituição tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º, II, da CF/1988). Muito embora haja previsão constitucional do voto obrigatório nas hipóteses previstas na Constituição, a obrigatoriedade do voto não é cláusula pétrea, podendo ser aprovada Emenda Constitucional tornando-o facultativo. Conforme visto, a cláusula pétrea é o voto direto, secreto, universal e periódico e não o voto obrigatório.

17.3.2 Capacidade eleitoral passiva

A capacidade eleitoral passiva nada mais é que a possibilidade de eleger-se, concorrendo a um mandato eletivo. O direito de ser votado, no entanto, só se torna absoluto se o eventual candidato preencher todas as condições de elegibilidade para o cargo ao qual se candidata e, ainda, não incidir em nenhum dos impedimentos constitucionalmente previstos, quais sejam, os direitos políticos negativos, que veremos mais adiante.

17.3.2.1 Condições de elegibilidade

O art. 14, § 3º, da CF/1988, estabelece como condições de elegibilidade, na forma, da Lei:

• nacionalidade brasileira;

• pleno exercício dos direitos políticos;

• alistamento eleitoral;

• domicílio eleitoral na circunscrição;

• filiação partidária;[14]

• idade mínima de acordo com o cargo ao qual se candidata.

No tocante ao requisito da idade,[15] essa condição de elegibilidade inicia-se aos 18 anos, terminando aos 35 anos, como se observa pelas regras abaixo transcritas:

• 18 anos para Vereador;

• 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de paz;

• 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

• 35 anos para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador.

17.4 Direitos Políticos Negativos

Ao contrário dos direitos políticos positivos, os direitos políticos negativos individualizam-se ao definirem formulações constitucionais restritivas e impeditivas das atividades político-partidárias, privando o cidadão do exercício de seus direitos políticos, bem como impedindo-o de eleger um candidato (capacidade eleitoral ativa) ou de ser eleito (capacidade eleitoral passiva). Comecemos pelas inelegibilidades para depois analisarmos as situações em que os direitos políticos ficam suspensos ou são perdidos (privação dos direitos políticos).

17.4.1 Inelegibilidades

As inelegibilidades são as circunstâncias (constitucionais ou previstas em Lei Complementar) que impedem o cidadão do exercício total ou parcial da capacidade eleitoral passiva, ou seja, da capacidade de eleger-se.

Restringem, portanto, a elegibilidade do cidadão,[16] visando proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do

---

[14] O STF irá decidir sobre a possibilidade de candidaturas avulsas para pleitos majoritários, apreciando a eventual viabilidade de registro de candidatura desvinculada de filiação partidária (cf. ARE 1.054.490, tema 974 da repercussão geral – matéria pendente).

[15] De acordo com o art. 11, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 (na redação dada pela Lei nº 13.165/2015 – "Reforma Eleitoral"), a idade mínima constitucionalmente estabelecida como condição de elegibilidade é, em regra, verificada tendo por referência a data da posse, salvo quando fixada em 18 anos (no caso, para Vereadores – art. 14, § 3º, VI, "d", da CF/1988), hipótese em que será aferida na data-limite para o pedido de registro.

[16] Não confundir inelegibilidade com inalistabilidade ou incompatibilidade. Vejamos: a) inelegibilidade – obsta a elegibilidade; b) inalistabilidade – impede o exercício da capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor); c) incompatibilidade – já eleito, impede-se o exercício do mandato.

candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º, da CF/1988).

As inelegibilidades estão previstas tanto na Constituição Federal (art. 14, § 4º ao § 8º, da CF/1988), normas essas que independem de regulamentação infraconstitucional, já que de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como em Lei Complementar, que poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação,[17] dividindo-se em dois grandes grupos:

• absolutas: impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo, taxativamente previstas na CF/1988;

• relativas: impedimento eleitoral para algum cargo eletivo ou mandato, em função de situações em que se encontre o cidadão candidato, previstas na CF/1988 – art. 14, § 5º ao § 8º – ou em Lei Complementar – art. 14, § 9º, da CF/1988.

17.4.1.1 Inelegibilidades absolutas

De acordo com o art. 14, § 4º, da CF/1988, são absolutamente inelegíveis, ou seja, não podem exercer a capacidade eleitoral passiva, em relação a qualquer cargo eletivo, o:

• inalistável (quem não pode ser eleitor não pode eleger-se). Os estrangeiros[18] e, durante o serviço militar obrigatório, os conscritos não podem alistar-se como eleitores. Portanto, são considerados inalistáveis. Lembramos que o alistamento eleitoral é indiscutível condição de elegibilidade;

• analfabeto (o analfabeto tem direito à alistabilidade e, portanto, direito de votar, mas não pode ser eleito, pois não possui capacidade eleitoral passiva).

17.4.1.2 Inelegibilidades relativas

O relativamente inelegível, em razão de algumas situações, não pode eleger-se para determinados cargos, podendo, porém, candidatar-se e eleger-se para outros, sob os quais não recaia a inelegibilidade. A inelegibilidade nesses casos dá-se, conforme as regras constitucionais, em decorrência da função exercida, de parentesco, ou se o candidato for militar, bem como em virtude das situações previstas em Lei Complementar (art. 14, § 9º, da CF/1988).

---

[17] Vide LC nº 64/1990, alterada pela LC nº 81/1994, bem como pela LC nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa").

[18] Na lapidar lição de José Afonso da Silva, "os estrangeiros não adquirem direitos políticos, só atribuídos a brasileiros natos e naturalizados. Portanto, não são alistáveis eleitores nem, por consequência, podem votar ou ser votados (art. 14, § 2º, da CF/1988). Por isso também é que não podem ser membros de partidos políticos, que é uma prerrogativa da cidadania" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.).

17.4.1.2.1 Inelegibilidade relativa em razão da função exercida (por motivos funcionais)

17.4.1.2.1.1 Inelegibilidade relativa em razão da função exercida para um terceiro mandato sucessivo

O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos não poderão ser reeleitos para um terceiro mandato sucessivo.

A regra trazida pela EC nº 16/1997, alterando a redação do art. 14, § 5º, da CF/1988, permite a reeleição dos Chefes dos Executivos Federal, Estadual, Distrital e Municipal (Presidente da República, Governadores de Estado, Governador do Distrito Federal e Prefeitos) e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subsequente. Isso nos permite concluir que a inelegibilidade surge somente para um terceiro mandato, subsequente e sucessivo.

Nada impediria, pela regra atual, que o ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, reeleito para um segundo mandato (1999-2002), já que permitida a reeleição para um único período subsequente, após intervalo de uma legislatura (o mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva – 2003-2006), se candidatasse e se reelegesse para um terceiro mandato (2007-2010), porém, como visto, não sucessivo (como todos sabem, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi reeleito para um novo mandato subsequente).

Por fim, ressaltamos decisão do TSE, em resposta à Consulta nº 689/2000, indagando se os vices podem ser candidatos à sucessão do titular reeleito, uma vez que este não pode mais ser candidato a um terceiro mandato sucessivo. A resposta a essa consulta gerou a Res. nº 20.889/2001/TSE (DJ1, de 2001), pela qual fica estabelecido que o vice, tendo ou não sido reeleito, se sucedeu o titular, poderá candidatar-se à reeleição por um período subsequente. No entanto, para candidatar-se a cargo diverso, deverá observar as regras do art. 1º, § 2º, da LC nº 64/1990. Do ponto de vista político, para se ter um exemplo, essa decisão beneficiou o então Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, mesmo já tendo, no primeiro mandato, substituído Mário Covas, assumindo como governador interino e, no segundo, como Governador, após a morte de Covas.

Esse entendimento foi mantido pelo STF no julgamento da RE 366.488, Rel. Carlos Velloso (j. 2005), nos seguintes termos: "EMENTA: Constitucional. Eleitoral. Vice-governador eleito duas vezes consecutivas: Exercício do cargo de governador por sucessão do titular: Reeleição: possibilidade. art. 14, § 5º, da CF/1988. 1. Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no

seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. 2. Inteligência do disposto no § 5º do art. 14, § 5º, da CF/1988. 3. Reconhecido e improvido".

17.4.1.2.1.2 A figura do denominado "prefeito itinerante" ou "prefeito profissional"

O denominado "prefeito itinerante" ou "prefeito profissional" é aquele que, reeleito em um mesmo Município, na medida em que inelegível para o terceiro mandato consecutivo, transfere o seu domicílio eleitoral para município diverso buscando afastar a inelegibilidade estabelecida no art. 14, § 5º, da CF/1988.

Durante muito tempo, o TSE admitiu essa situação, com algumas ressalvas (municípios com territórios limítrofes, a pressupor microrregião eleitoral única ou resultantes de desmembramento, incorporação ou fusão), mas, no julgamento do REspE nº 32.507/2008, a Corte Eleitoral mudou o seu entendimento, passando a não mais aceitar essa situação, mesmo se observados os prazos de desincompatibilização, domicílio eleitoral, filiação partidária etc. Vejamos:

"EMENTA: Recurso especial. Eleições 2008. Registro candidatura. Prefeito. Candidato à reeleição. Transferência de domicílio para outro município. Fraude configurada. Violação do disposto no art. 14, § 5º, da CF/1988, improvimento. 1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no art. 14, § 5º da CF/1988. 2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral. 3. Recurso a que se nega provimento" (RESPE 32.507, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008).

O tema chegou a ser discutido pelo STF no julgamento do RE 637.485, que, em 2012, manteve o novo entendimento firmado no TSE, não admitindo o terceiro mandato consecutivo, mesmo na hipótese de municípios distintos.

O Min. Gilmar Mendes, Relator, "assentou, sob o regime de repercussão geral, que: a) o art. 14, § 5º, da CF/1988 interpretar-se-ia no sentido de que a proibição da segunda reeleição seria absoluta e tornaria inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já cumprira 2 mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; e b) as decisões do TSE que acarretassem mudança de jurisprudência no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento não se aplicariam imediatamente ao caso concreto e somente teriam eficácia sobre outras situações em pleito eleitoral posterior".

Assim, a proibição de reeleições sucessivas ao cargo de Prefeito encontrava fundamento no princípio republicano, em respeito à temporariedade e à alternância no exercício do poder. Contudo, ficou clara a possibilidade de, observada a regra da desincompatibilização 6 meses antes de novo pleito, esse Prefeito, reeleito, sair candidato a outros cargos, no caso os de Presidente da República, Governador de Estado, Governador do DF, Deputado federal ou estadual, Vereador, mas não, como se viu, ao de Prefeito, mesmo que para município diverso.

Reconhecendo tratar-se de substancial alteração da jurisprudência do TSE (o que o Min. Gilmar Mendes denominou "viragem jurisprudencial"), o STF resolveu modular os efeitos da decisão, no sentido da técnica da aplicabilidade prospectiva das decisões, tendo em vista os princípios da segurança jurídica, da anterioridade eleitoral (art. 16, da CF/1988) e da confiança, "a fim de proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que, de alguma forma, participassem dos prélios eleitorais" (Inf. 673/STF).

Conforme decidiu o STF, a proibição da figura do "prefeito itinerante" passa a ser o novo entendimento, aplicável, no entanto, a partir de 2012.

17.4.1.2.1.3 Inelegibilidade relativa em razão da função para concorrer a outros cargos

O art. 14, § 6º, da CF/1988, estabelece que, para concorrer a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até 6 meses antes do pleito.

Trata-se do instrumento da desincompatibilização, através do qual o candidato (cidadão) se desvencilha de alguma circunstância que o impede de exercer a sua capacidade eleitoral passiva, ou seja, de eleger-se para determinado cargo.

Resta saber se a expressão "outros cargos" se aplica somente a cargos diversos (diferentes, "outros"), ou se engloba, também, a reeleição para o mesmo cargo, por exemplo, a reeleição do Presidente da República. Teria ele de renunciar 6 meses antes do pleito para concorrer ao mesmo cargo?

Entendemos que sim, pela própria natureza e finalidades das inelegibilidades, quais sejam, a proteção da probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração (art. 14, § 9º, da CF/1988).[19]

CUIDADO: esse não é o entendimento do STF, que se manifestou no sentido de que a desincompatibilização deve dar-se somente para a candidatura a outros cargos, diversos,

[19] Este também é o posicionamento de Araujo e Nunes Júnior (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.).

diferentes. Para a reeleição, os Chefes do Executivo não precisam, portanto, renunciar 6 meses antes do pleito.[20]

Finalmente, em relação aos vices, a mencionada regra da desincompatibilização não incide, na medida em que não são mencionados no art. 14, § 6º, da CF/1988, a não ser que tenham, nos 6 meses anteriores ao pleito, sucedido ou substituído os titulares.

17.4.1.2.2 Inelegibilidade relativa em razão do parentesco

A ideia da inelegibilidade relativa em razão do parentesco, conforme anotou o STF, deve ser interpretada "... de maneira a dar eficácia e efetividade aos postulados republicanos e democráticos da Constituição, evitando-se a perpetuidade ou alongada presença de familiares no poder" (RE 543.117-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 2008, DJE de 2008).

Como regra, então, de acordo com o art. 14, § 7º, da CF/1988, são inelegíveis, no território da circunscrição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do:

- Presidente da República;
- Governador de Estado, Território ou Distrito Federal;
- Prefeito;
- ou quem os haja substituído dentro dos 6 meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

O STF, em 2003, por maioria de votos, ficando vencido o Ministro Moreira Alves, estabeleceu: "cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito" (RE 344.882, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 2004).

Nesse sentido, a S. 6/TSE, atualizada: "são inelegíveis para o cargo de Chefe do Executivo o cônjuge e os parentes indicados no art. 14, § 7º, da CF/1988, do titular do mandato, salvo se este, reelegível, tenha falecido, renunciado ou se afastado definitivamente do cargo até 6 meses antes do pleito" (DJE de 2016).

Ainda, nos termos da SV 18/2009, pacificou o STF que "a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF/1988". Buscava-se, acima de tudo, evitar a possibilidade de se fraudar ou burlar a regra constitucional da inelegibilidade, em razão de separações, por vezes, fictícias.

---

[20] Sendo o STF o guardião da Constituição, este deve ser o posicionamento a ser adotado em provas objetivas. Nas provas subjetivas, o candidato poderá expor os dois pontos de vista, justificar e posicionar-se adotando um. Cf. a posição do STF na ADI 1.805-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 1998, Inf. 104/STF, Brasília, 1998.

Os precedentes que deram origem à súmula vinculante tratavam apenas de separações de fato, mas não em virtude do evento morte, situação não analisada pela Corte quando de sua edição.

Em momento seguinte, a amplitude da SV 18/STF veio a ser explicitada pelo STF. Inicialmente, a 2ª Turma, no julgamento do AC 3.298-AgR (Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2013), afastou a sua aplicação diante das particularidades do caso. Na situação concreta, o Prefeito do Município de Pombal/PB havia falecido há mais de 1 ano antes do término de seu mandato, tendo sido sucedido pelo Vice. Na eleição subsequente, de 2008, a ex-cônjuge do Prefeito falecido foi eleita Chefe do Executivo do mesmo município. No curso do primeiro mandato, a viúva constituiu novo núcleo familiar, com novo casamento civil e religioso e com filhos dessa nova união. No pleito seguinte, candidatou-se e foi eleita em 2012. Em consulta respondida no mesmo ano, o TSE entendeu que não haveria violação ao art. 14, § 7º, da CF/1988. Contudo, em razão de impugnação da candidatura pela coligação adversária, a Justiça Eleitoral decidiu pela inelegibilidade. Contra essa decisão do TSE foi interposto recurso extraordinário e, também, medida cautelar diretamente no STF para se dar o efeito suspensivo (requerendo o afastamento excepcional das Súmulas 634 e 635/STF). Em janeiro de 2013, o Min. Lewandowski, no exercício da presidência, determinou a manutenção da prefeita eleita no cargo. Contra essa decisão foi interposto o agravo regimental. No referido julgamento, cautelarmente, a 2ª T. do STF confirmou a manutenção da prefeita no cargo por vislumbrar o afastamento da SV 18.

Posteriormente, essa tese vencedora proferida na medida cautelar veio a ser ratificada pelo pleno do STF quando do julgamento do referido recurso extraordinário interposto contra acórdão do TSE que havia indeferido o registro da candidatura. Segundo estabeleceu a Corte, "o que orientou a edição da SV 18/STF e os recentes precedentes do STF foi a preocupação de inibir que a dissolução fraudulenta ou simulada de sociedade conjugal seja utilizada como mecanismo de burla à norma da inelegibilidade reflexa prevista no art. 14, § 7º da CF/1988. Portanto, não atrai a aplicação do entendimento constante da referida súmula a extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges" (RE 758.461, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, Plenário, DJE de 2014 – tema 678 da repercussão geral/STF).

17.4.1.2.3 Militares

Prevê expressamente o art. 14, § 8º, da CF/1988, que o militar alistável é elegível. Para tanto, deverá atender às seguintes condições:

• menos de 10 anos de serviço: deverá afastar-se da atividade;

• mais de 10 anos de serviço: será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Esses dispositivos foram interpretados pelo STF no julgamento do RE 279.469.

No caso concreto, determinado militar, com menos de 10 anos de serviço, portanto, enquadrado na hipótese do art. 14, § 8º, I, da CF/1988, após ter o seu registro de candidatura deferido, foi demitido pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Contra referido ato coator, o militar impetrou mandado de segurança e o TJ/RS anulou a demissão *ex officio*.

O Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, interpôs recurso extraordinário e o STF, ao final, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, restabelecendo a demissão do militar.

Para o STF, os militares devem ser diferenciados de acordo com o tempo de serviço.

Na hipótese de contar com menos de 10 anos de serviço, embora o texto diga apenas que o militar deverá afastar-se, esse afastamento deve ser entendido como definitivo.

Assim, ao se candidatar a cargo eletivo, o militar com menos de 10 anos será excluído do serviço ativo mediante demissão ou licenciamento *ex officio* e o consequente desligamento da organização a que estiver vinculado.

No entanto, se o militar contar com mais de 10 anos de serviço (art. 14, § 8º, II, da CF/1988), será agregado (afastado temporariamente) pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Nesse sentido, pedimos vênia para transcrever a ementa do referido acórdão:

"EMENTA: Servidor público. Militar alistável. Elegibilidade. Policial da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, com menos de 10 (dez) anos de serviço. Candidatura a mandato eletivo. Demissão oficial por conveniência do serviço. Necessidade de afastamento definitivo, ou exclusão do serviço ativo. Pretensão de reintegração no posto de que foi exonerado. Inadmissibilidade. Situação diversa daquela ostentada por militar com mais de 10 (dez) anos de efetivo exercício. Mandado de segurança indeferido. Recurso extraordinário provido para esse fim. Interpretação das disposições do art. 14, § 8º, I e II, da CF/1988. Voto vencido. Diversamente do que sucede ao militar com mais de dez anos de serviço, deve afastar-se definitivamente da atividade, o servidor militar que, contando menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo" (RE 279.469, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

17.4.1.2.4 Inelegibilidades previstas em Lei Complementar

De acordo com o art. 14, § 9º, da CF/1988, Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de que sejam protegidos os preceitos da:

• probidade administrativa;

• moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato;

• normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Assim, segundo regra explícita na Constituição, o instrumento para o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade só poderá ser a Lei Complementar, no caso a LC nº 64/1990, sob pena de incorrermos em inconstitucionalidade (formal).

Outrossim, na medida em que se trata de restrições a direitos fundamentais, somente novas inelegibilidades relativas poderão ser definidas, já que as absolutas só se justificam quando previstas pela Constituição Federal e, em nosso entender, pelo poder constituinte originário, sob pena de se ferirem direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988).

Podemos distinguir, portanto, do ponto de vista formal, o procedimento para a disciplina dos requisitos de elegibilidade e, em outro sentido, as situações de inelegibilidade, o que bem anota o STF:

"O domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária, constituindo condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF/1988), revelam-se passíveis de válida disciplinação mediante simples Lei Ordinária. Os requisitos de elegibilidade não se confundem, no plano jurídico-conceitual, com as hipóteses de inelegibilidade, cuja definição – além das situações já previstas diretamente pelo próprio texto constitucional (art. 14, § 5º ao § 8º, da CF/1988) – só pode derivar de norma inscrita em Lei Complementar (art. 14, § 9º, da CF/1988)" (ADI 1.063-MC).

Dois importantes precedentes merecem menção, consagrando o entendimento de dispensa de Lei Complementar por não se tratar de hipótese de inelegibilidade:

• Captação de sufrágio: "Art. 41-A, da Lei nº 9.504/1997. Captação de sufrágio. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A, da Lei nº 9.504/1997 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade" (ADI 3.592);

• Proibição de inauguração de obra três meses antes do pleito: "[...] O preceito inscrito no art. 77, da Lei nº 9.504/1997 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no art. 14, § 9º, da CF/1988. A alegação de que o art. impugnado violaria o princípio da isonomia improcede..." (ADI 3.305).

Lembramos, ainda, em relação às inelegibilidades, as novidades introduzidas pela LC nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"), consideradas constitucionais pelo STF no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578. É o que desenvolvemos a seguir.

17.4.2 Candidatos com "ficha suja": inelegibilidade?

Conforme acabamos de estudar, uma das hipóteses de inelegibilidade relativa decorre de Lei Complementar nos termos do art. 14, § 9º, da CF/1988, que pedimos, novamente, vênia para reproduzir: art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9º – Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Deve-se, pois, analisar o sentido da expressão "vida pregressa do candidato".

Para tanto consultamos a LC nº 64/1990, com regras importantes trazidas pela LC nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"), que, prescrevendo importantes inovações e avanços, "representa um marco histórico no fortalecimento de nossas instituições democráticas, [...] erigindo um sólido Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral, na feliz expressão cunhada pelo eminente Ministro [...] Joaquim Barbosa" (Min. Fux, voto proferido no RE 929.670).

Antes das modificações, para que se caracterizasse uma das hipóteses de inelegibilidade era necessário que houvesse sentença negativa transitada em julgado.

Ainda à luz da regra antiga, que exigia expressamente o trânsito em julgado, em 2008, a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros propôs a ADPF 144 contra a interpretação do TSE, sustentando ser desnecessário o trânsito em julgado da ação para que se caracterizasse a inelegibilidade.

Segundo a AMB, a Justiça Eleitoral deveria reconhecer a inelegibilidade pelo simples fato de haver ação judicial proposta em face do candidato a demonstrar atitude ímproba e imoral.

Em 2008, no entanto, por 9 x 2 e depois de quase 8 horas de julgamento, o STF negou o pedido da AMB.

Ao entender que o art. 14, § 9º, da CF/1988, não é autoaplicável (Enunciado nº 13 da Súmula do TSE), reconheceu o STF que, necessariamente, será a Lei Complementar que disciplinará as hipóteses de inelegibilidade.

A simples "ficha suja", o mero apontamento e desenvolvimento de uma ação judicial, sem o trânsito em julgado, não era suficiente, portanto, para caracterizar a inelegibilidade.

CUIDADO: inovando, a referida LC nº 135/2010 passou a definir, com mais precisão, o conceito de vida pregressa do candidato, dando maior "peso" a eventual "ficha suja".

Dentre as novidades, podemos citar a hipótese de inelegibilidade não somente no caso de decisão transitada em julgado por crime praticado, como, também, em razão de decisão proferida, na hipótese dos crimes elencados, por órgão judicial colegiado, mesmo que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado.

A LC nº 135/2010, inovando, tornou inelegível aquele que for condenado, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma.

A grande questão inicial era saber se as novidades deveriam ser aplicadas imediatamente, no caso, às eleições de 2010, alegando alguns candidatos violação ao princípio da anualidade eleitoral, ou seja, ao art. 16, da CF/1988, ao estabelecer que a Lei que altera o processo eleitoral entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até 1 ano da data de sua vigência.

Em seguida, definido o momento de sua aplicação, a outra discussão envolvia a análise da constitucionalidade ou não da denominada "Lei da Ficha Limpa".

a) Necessidade de se observar o art. 16, da CF/1988

Em relação à primeira preocupação, chegamos a sustentar, em edições anteriores, que as hipóteses de inelegibilidade relativa ampliadas pela "Lei da Ficha Limpa" não se caracterizavam como processo eleitoral, mas, de fato, como norma eleitoral material, não influenciando o processo eleitoral, e, portanto, de aplicação imediata (nesse sentido, cf. CTA nº 112.026/DF – TSE, 2010).

Isso porque, na linha do que já havia decidido o STF, os seus preceitos (cf. ADI 3.345, Min. Celso de Mello, j. 2005):

- não rompem a igualdade de participação dos partidos e candidatos;
- não afetam a normalidade das eleições;
- não perturbam o pleito;
- não ensejam alteração motivada por propósito casuístico.

O TSE decidiu, também, que a LC nº 135/2010 se aplicava a situações anteriores, por não constituir pena (CTA nº 114.709/DF, j. 2010).

Em 2010, o TSE, no julgamento do RO 4.336-27, confirmou a aplicação imediata da nova regra e a possibilidade de retroagir, atingindo candidatos condenados por órgão colegiado antes de sua vigência.

CUIDADO: esse não foi o entendimento firmado pelo STF, que, conforme veremos, determinou a necessidade de se observar o art. 16, da CF/1988.

Diante das decisões da Corte eleitoral no referido caso, a matéria foi parar no STF, que, em sua primeira análise, em razão de empate em 5 x 5, no julgamento do RE 631.102, em 2010, não resolveu a questão da regra do art. 16, da CF/1988, (no momento do julgamento, o STF era integrado por 10 Ministros, tendo em vista a aposentadoria do Min. Eros Grau, que se implementou em 2010, aguardando-se a escolha de um novo Ministro).

A Corte, à época, não utilizou a previsão do chamado voto de qualidade, que seria a opção para o Ministro Presidente resolver a pendência. Ainda, como não se atingiu o *quorum* do art. 97, da CF/1988 (maioria absoluta, ou seja, no mínimo 6 votos), aplicando-se analogicamente o art. 205, parágrafo único, II, do RISTF, a Lei continuou com a sua presunção de constitucionalidade, prevalecendo, então, a decisão do TSE.

Em 2011, a então Presidente da República Dilma Rousseff indicou o 11º Ministro do STF, Luiz Fux, para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Min. Eros Grau e, então, com 11 Ministros, a questão podia, finalmente, ser resolvida.

Deixamos a nossa crítica em razão da demora na nomeação, acarretando a realização das eleições de outubro/2010 sem a definição dessa questão extremamente importante.

Enfim, em 2011, o STF determinou, por 6 x 5, agora no julgamento do RE 633.703, o afastamento da incidência da LC nº 135/2010 para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como para os mandatos em curso, sob pena de se violar o art. 16, da CF/1988, que, consagrando o princípio da anterioridade eleitoral, assegura o devido processo legal eleitoral.

Segundo a Corte, o art. 16, da CF/1988, tem por escopo evitar mudanças no sistema eleitoral, garantindo a igualdade de chances no pleito eleitoral e, nesse sentido, a proteção das minorias partidárias.

A aplicação do art. 16, da CF/1988, direito fundamental, caracteriza-se como verdadeira cláusula pétrea, não cabendo ao Judiciário, nesse contexto, analisar a moralidade da legislação. Trata-se, em essência, de "barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria".

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, o art. 16, da CF/1988, estabelece verdadeira "garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos [...] oponível, inclusive, em relação ao exercício do poder constituinte derivado". Dessa forma, na medida em que a LC nº 135/2010 interferiu "... em fase específica do processo eleitoral – fase pré-eleitoral –, a qual se iniciaria com a escolha e a apresentação de candidaturas pelos partidos políticos e encerrar-se-ia até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral", não poderia ser aplicada às eleições de 2010 (cf. Inf. 620/STF e RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Resolvida a primeira questão, isto é, a aplicação do art. 16, da CF/1988, restava analisar a constitucionalidade material da "Lei da Ficha Limpa".

b) Constitucionalidade material da "Lei da Ficha Limpa"

Em nosso entender, a LC nº 135/2010 encontra total respaldo no art. 14, § 9º, da CF/1988, definindo o conceito de "vida pregressa do candidato" e, assim, opta por inadmitir aqueles que possam colocar em risco a probidade e a moralidade administrativa, em verdadeira consagração ao princípio da precaução, do Estado Democrático de Direito e da República, esta última enquadrada como princípio sensível da Constituição.

Nesse sentido, o STF, em 2012, por maioria, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, entendeu que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e pode ser aplicada, inclusive, a atos e fatos ocorridos anteriormente à sua edição, tendo sido observada já nas eleições de 2012.

Dentre os vários aspectos do acórdão de 375 páginas (e que vale a leitura.), podemos destacar o reconhecimento da observância das exigências de moralidade e probidade no tocante à vida pregressa, bem como a interpretação conforme a Constituição do art. 1º, I "e" e "l", da LC nº 64/1990, na redação dada pela LC nº 135/2010, para admitir a redução de tempo que transcorreu entre a condenação e o seu trânsito em julgado do prazo de 8 anos de inelegibilidades após o cumprimento da pena (detração).

Devemos destacar que o julgamento do STF em relação ao art. 283, do CPP, no sentido de se exigir o trânsito em julgado para a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, não altera a tese estabelecida para a Lei da Ficha Limpa (ADCs 43, 44 e 54, j. 2009, Plenário, 6 X 5 – pendente a publicação do acórdão – cf. item 14.10.28.6 deste nosso estudo).

A inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, "d", da LC nº 64/1990 não constitui sanção e, assim, a maior restrição trazida pela "Lei da Ficha Limpa" (LC nº 135/2010) pode ser aplicada a situações pretéritas, não caracterizando a inadmissível retroatividade máxima (cf. item 4.9). Trata-se de "retroatividade inautêntica" ou "retrospectividade"

No julgamento do RE 929.670, o STF analisou a situação concreta de vereador condenado por abuso de poder econômico e compra de votos em relação a fatos ocorridos em 2004, nos autos de representação eleitoral, e que, de acordo com a regra original estabelecida no art. 1º, I, "d", da LC nº 64/1990, ficou inelegível por 3 anos (Notícias STF de 2017).

Cumprido o prazo, nas eleições de 2008, ele concorreu e foi eleito para mais um mandato na Câmara de Vereadores do município. No pleito de 2012, contudo, o seu registro foi indeferido porque a "Lei da Ficha Limpa" (que passou a vigorar efetivamente para aquele pleito) aumentou de 3 para 8 anos o prazo de inelegibilidade previsto no art. 1º, I, "d", da LC nº 64/1990. Ou seja, apesar de ter sido admitida a sua candidatura no pleito de 2008, em razão da entrada em vigor da LC nº 135/2010, que aumentou o prazo para 8 anos, considerando a condenação em 2004, em 2012, pela nova lei, ele ainda seria inelegível.

O STF, por maioria apertada de 6 x 5, entendeu válida a aplicação da nova regra em relação a situações anteriores ao aumento do prazo trazido pela LC nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa").

Conforme observou o Min. Fux, que abriu a divergência, "a extensão dos prazos de inelegibilidade do art. 22, XIV, da Lei da Ficha Limpa, justamente porque não versa sanção, não revela ofensa à retroatividade máxima, de ordem a fulminar a coisa julgada, mesmo após o exaurimento dos 3 anos inicialmente consignados na decisão judicial passada em julgado

que reconhece a prática de poder político ou econômico (reconhecimento este que, aí sim, faz exsurgir a inelegibilidade). Trata-se, em vez disso, de exemplo acadêmico de retroatividade inautêntica (ou retrospectividade)".

Ainda, deixou claro que "a inelegibilidade consubstancia requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral", não se podendo falar em caráter sancionatório ou punitivo das referidas hipóteses de inelegibilidade veiculadas pela LC nº 64/1990.

E em sede conclusiva observou: "a decisão que reconhece a inelegibilidade somente produzirá seus efeitos na esfera jurídico-eleitoral do condenado se este vier a formalizar registro de candidatura em eleições vindouras, ou em recurso contra a expedição do diploma, em se tratando de inelegibilidades infraconstitucionais supervenientes".

Nesse sentido, o STF, por maioria, fixou a tese de repercussão geral nos seguintes termos: "a condenação por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, "d", da LC nº 64/1990, na redação dada pela LC nº 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite" (RE 929.670, j. 2018, tendo sido rejeitada a proposta de modulação dos efeitos da decisão, formulada pelo Min. Ricardo Lewandowski).

Esse entendimento consagra a linha de interpretação que se espera em relação às regras trazidas pela LC nº 135/2010. Conforme observou o Min. Fux, "não podemos transigir com tentativas obtusas de implodir, pela via hermenêutica, os propósitos republicanos e moralizadores, nortes da edição, da Lei da Ficha Limpa, que propugnam por ética e transparência na gestão da coisa pública e observância à legitimidade e à lisura das eleições".

17.4.3 Privação dos direitos políticos – perda e suspensão

Já vimos as regras que restringem a elegibilidade do cidadão, tornando-o inelegível, absoluta ou relativamente. Agora, verificaremos as situações que privam o cidadão dos direitos políticos de votar e ser votado, tanto definitivamente (perda) como de modo temporário (suspensão).[21] Em nenhuma hipótese, ressalte-se, será permitida a cassação de direitos políticos.

[21] "O cidadão pode, excepcionalmente, ser privado, definitivamente ou temporariamente, dos direitos políticos, o que importará, como efeito imediato, na perda da cidadania política. Deixa, imediatamente, de ser eleitor, se já o era, ou se torna inalistável como eleitor, com o que, por consequência, fica privado da elegibilidade e de todos os direitos fundados na qualidade de eleitor" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*).

17.4.3.1 Perda dos direitos políticos (art. 15, I e IV e art. 12, § 4º, II, da CF/1988)

• Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado: em decorrência do cancelamento da naturalização, o indivíduo voltará à condição de estrangeiro, não mais podendo se alistar como eleitor (art. 14, § 2º, da CF/1988) nem eleger-se, uma vez que deixa de ostentar a nacionalidade brasileira (art. 14, § 3º, I, da CF/1988).

• Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa: o art. 5º, VIII, estabelece, como regra, que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. No entanto, se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (ex.: serviço militar obrigatório – cf. art. 143) e recusar-se a cumprir a prestação alternativa, fixada em lei, terá, como sanção, a declaração da perda de seus direitos políticos.

Sobre essa hipótese, alertamos que a maioria dos autores de direito eleitoral vem entendendo como situação de suspensão, e não de perda de direitos políticos, nos termos da literalidade do art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.239/1991.

Apenas nos alinhamos ao conceito de perda, com José Afonso da Silva, já que para readquirir os direitos políticos a pessoa precisará tomar a decisão de prestar o serviço alternativo, não sendo o vício suprimido por decurso de prazo.

• Perda da nacionalidade brasileira em virtude de aquisição de outra: embora não conste dos incisos do art. 15, da CF/1988, mediante interpretação sistemática pode-se elencar o descrito no art. 12, § 4º, II, da CF/1988 como mais uma hipótese constitucionalmente prevista de perda dos direitos políticos. Isso porque a nacionalidade brasileira é pressuposto para a aquisição de direitos políticos. Perdendo a nacionalidade brasileira e adquirindo outra, o ex-brasileiro passa a ser estrangeiro e, como vimos, os estrangeiros, bem como os conscritos, durante o serviço militar obrigatório, são inalistáveis (quem não pode ser eleitor não pode eleger-se). O alistamento eleitoral, como vimos, é indiscutível condição de elegibilidade. Assim e por todo o exposto, como o estrangeiro não adquire direitos políticos, exclusivos de brasileiros natos ou naturalizados, a perda da nacionalidade gera a indiscutível perda dos direitos políticos, outrora existentes.

17.4.3.2 Suspensão dos direitos políticos (art. 15, II, III e V e art. 55, II, e § 1º, da CF/1988; art. 17.3 do Decreto nº 3.927/2001 c/c o art. 1º, I, "b", da LC nº 64/1990)

• incapacidade civil absoluta: como só se pode suspender aquilo que já existia, deve-se partir do pressuposto de que o indivíduo tinha direitos políticos e estes foram suspensos. Então, somente nos casos de interdição é que se poderia falar em suspensão de direitos políticos;

• condenação criminal transitada em julgado: observar que os direitos políticos ficam suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação;

Em relação à hipótese em análise, o STF estabeleceu a seguinte interpretação: "1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da CF/1988, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. 2. A autoaplicação independe da natureza da pena imposta. 3. A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos". Assim, "a suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, III, da CF/1988, aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos" (RE nº 601.182, tema 370 da repercussão geral j. 2019, Plenário, DJE de 2019).

• improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4º, da CF/1988: os atos de improbidade administrativa, portanto, importarão a suspensão dos direitos políticos, bem como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei. Observar que a declaração da improbidade terá de ser via processo judicial, não podendo dar-se através de mero processo administrativo. Segundo José Afonso da Silva, "a improbidade diz respeito à prática de ato que gere prejuízo ao erário público em proveito do agente. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. O ímprobo administrativo é o devasso da Administração pública";[22]

• exercício assegurado pela cláusula de reciprocidade (art. 12, § 1º, da CF/1988): na dicção do art. 17.3 do Decreto nº 3.927/2001 (Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 2000), "o gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade". Assim, o gozo dos direitos políticos em Portugal (por brasileiro) importará na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Brasil;

• art. 55, II, § 1º, da CF/1988, c/c o art. 1º, I, "b", da LC nº 64/1990: procedimento do Deputado ou Senador declarado incompatível com o decoro parlamentar – inelegibilidade por 8 anos (art. 1º, I, "b", da LC nº 64/1990).

---

[22] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*.

17.4.4 Reaquisição dos direitos políticos perdidos ou suspensos

Perdido o direito político, na hipótese de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, a reaquisição só se dará por meio de ação rescisória.

Se a hipótese for a perda por recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, a reaquisição dar-se-á quando o indivíduo, a qualquer tempo, cumprir a obrigação devida.

Todavia, se a perda se der em virtude de aquisição de outra nacionalidade, a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) estabelece a seguinte regra: "o brasileiro que, em razão do previsto no art. 12, § 4º, II, da CF/1988, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo".

O art. 254 do Decreto nº 9.199/2017 regulamentou a matéria, estabelecendo no art. 254, § 7º, do Decreto nº 9.199/2017, que o deferimento do requerimento de reaquisição ou a revogação da perda importará no restabelecimento da nacionalidade originária brasileira (confira nossas críticas no item 16.10).

No tocante às hipóteses de suspensão, a reaquisição dos direitos políticos dar-se-á quando cessarem os motivos que a determinaram.

17.5 Servidor Público e Exercício do Mandato Eletivo

De acordo com o art. 38, da CF/1988, na redação dada pelas EC nº 19/1998 e EC nº 103/2019, ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

• tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

• investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

• investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

• em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

• na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem.

18 PARTIDOS POLÍTICOS E O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

Sumário: 18.1 Conceito 18.2 Regras Constitucionais 18.3 Fundo Partidário E Acesso Gratuito Ao Rádio E À Televisão – Direito De Antena (EC nº 97/2017) 18.4 Coligações Partidárias: Evolução Jurisprudencial E Reformas Constitucionais (EC nº. 52/2006 e 97/2017) 18.5 Fidelidade Partidária 18.6 A Vaga Decorrente Do Licenciamento De Titulares De Mandato Parlamentar Deve Ser Ocupada Pelos Suplentes Das Coligações Ou Dos Partidos? 18.7 Financiamento das Campanhas Eleitorais – ADI 4.650, ADI 5.394 (Aspectos da Minirreforma Eleitoral de 2015 – Lei nº 13.165) e ADI 5.494 (Perspectivas a Partir da Minirreforma Eleitoral de 2017 – Lei nº 13.488)

18.1 Conceito

Partido político pode ser conceituado como uma "... organização de pessoas reunidas em torno de um mesmo programa político com a finalidade de assumir o poder e de mantê-lo ou, ao menos, de influenciar na gestão da coisa pública através de críticas e oposição".[1]

Para José Afonso da Silva, partido político ... é uma agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. No dizer de Pietro Virga: "são associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável (Partei-Apparati), miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país".[2]

18.2 Regras Constitucionais

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil está o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/1988). De acordo com o art. 17, caput, da CF/1988, consagra-se a liberdade de organização partidária, visto ser livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção dos partidos políticos.

Não se trata de liberdade partidária absoluta, uma vez que deverão ser resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

• caráter nacional;

---

[1] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*
[2] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

• proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

• prestação de contas à Justiça Eleitoral;

• funcionamento parlamentar de acordo com a lei;

• vedação da utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Assegura-se aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Um exemplo dessa autonomia foi expressado pela Corte no julgamento da cautelar na ADI 2.530 (mérito pendente), pelo qual se suspendeu a previsão legal da denominada "candidatura nata". Nessa decisão, o STF, "... por maioria, deferiu medida liminar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender, até decisão final da ação, o art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, assegura aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados. Considerou-se que a norma atacada ofende, à primeira vista, o princípio da autonomia dos partidos políticos, previsto no art. 17, § 1º, da CF/1988 [...]. Os Ministros Ellen Gracie e Maurício Corrêa deferiram a cautelar com fundamento mais extenso, qual seja, a aparente ofensa ao princípio da igualdade entre os detentores de mandato eletivo e os integrantes do partido. Vencido o Min. Ilmar Galvão, que indeferia a medida liminar, por entender que o referido dispositivo estabelece a conciliação entre a autonomia dos partidos e o direito do filiado que, abandonando sua vida profissional, se dedica ao exercício de mandatos" (Inf. 265/STF, j. 2002).

A Constituição dos partidos políticos consolida-se na forma, da Lei civil, perante o Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas competente do local de sua sede (art. 8º, da Lei nº 9.096/1995, na redação dada pela Lei nº 13.877/2019) e, posteriormente, já tendo adquirido a personalidade jurídica, formaliza-se com o registro de seus estatutos perante o TSE.

Não obstante haja a necessidade de registro perante o TSE, órgão de natureza pública, essa formalidade não atribui a mesma natureza aos partidos políticos, já que sua Constituição não obedece às regras básicas de Constituição da pessoa jurídica de direito público, quais sejam, a criação por Lei e a inexigência de registro de seus instrumentos constitutivos.

Definitivamente, os partidos políticos são verdadeiras instituições, pessoas jurídicas de direito privado, na medida em que a sua Constituição se dá de acordo com a Lei civil, no caso a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).[3]

Essa regra é corroborada pelos art. 45 e art. 985 do CC, que, trazendo disposições gerais, fixa o início da existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. O art. 120, da Lei de Registros Públicos, Lei Especial, estabelece os requisitos específicos.

Vale lembrar que o ato do TSE que analisa o pedido de registro partidário não tem caráter jurisdicional, mas, conforme asseverou o STF, tem natureza meramente administrativa. Por esse motivo, o STF entendeu que, em razão da inexistência do caráter jurisdicional contra a decisão do TSE, não caberia a interposição de recurso extraordinário (RE 164.458-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1995, DJ de 1995).

É de observar, também, que os partidos políticos, uma vez constituídos e com registro perante o TSE, terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão (direito de antena), na forma, da Lei, desde que preencham os requisitos introduzidos pela EC nº 97/2017, que alterou a redação do art. 17, § 3º, da CF/1988.

Finalmente, lembramos que os partidos políticos serão beneficiados pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da CF/1988, nos seguintes termos: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir imposto sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações".

18.3 Fundo Partidário e Acesso Gratuito ao Rádio e à Televisão – Direito de Antena (EC nº 97/2017)

Conforme vimos, os partidos políticos, uma vez constituídos e com registro perante o TSE, terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão

[3] José Afonso da Silva, partilhando desse entendimento, percebe certa dificuldade em reconhecer qualquer outra natureza política aos partidos políticos que não a de pessoa jurídica de direito privado, especialmente diante do fato de serem organizações associativas formadas pela adesão voluntária de particulares e destinadas não propriamente a realizar fins públicos, mas fins políticos. "Os partidos somente prestam serviços públicos quando no exercício das funções governamentais, mas aí não são senão instrumentos da prestação desses serviços, que não são deles, mas do Estado, dos órgãos governamentais, que, com eles, não se confundem" (SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*). O art. 1º, da Lei nº 9.096/1995 expressamente declara o partido político como pessoa jurídica de direito privado, não se equiparando às entidades paraestatais (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.096/1995, incluído pela Lei nº 13.488/2017).

(direito de antena), na forma, da Lei, desde que preencham os requisitos introduzidos pela EC nº 97/2017, que alterou a redação do art. 17, § 3º, da CF/1988.

Em um primeiro momento, o STF, ao julgar as ADIs 1.351 e 1.354, entendeu inconstitucionais os dispositivos, da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) que instituíram a chamada "cláusula de barreira", a qual "restringia o direito ao funcionamento parlamentar, o acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e a distribuição dos recursos do Fundo Partidário", declarando inconstitucionais diversos dispositivos que procuravam condicionar "... o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, conferindo, aos partidos, diferentes proporções de participação no Fundo Partidário e de tempo disponível para a propaganda partidária ("direito de antena"), conforme alcançados, ou não, os patamares de desempenho impostos para o funcionamento parlamentar".

Contrariando essa perspectiva inicial, a chamada minirreforma eleitoral (Lei nº 13.165/2015) alterou os critérios para distribuição dos horários reservados à propaganda eleitoral (art. 47, § 2º, I e II, da Lei nº 13.165/2015), restringindo o direito das minorias.

Em momento seguinte, diante das novas regras, superando o entendimento inicial, o STF, por 6 x 3, julgou improcedente o pedido formulado, declarando, portanto, a constitucionalidade dos referidos dispositivos.

Conforme se estabeleceu, dentre outros objetivos, a norma impugnada teria o papel de desestimular "a criação de legendas de ocasião, isto é, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral" (ADI 5.491, j. 2016, DJE de 2017).

Esses requisitos normativos foram endurecidos pela EC nº 97/2017, que dificultou ainda mais a manutenção dos partidos políticos pequenos ou ditos "nanicos".

De acordo com a nova redação dada ao art. 17, § 3º, da CF/1988, somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma, da Lei, os partidos políticos que, alternativamente:

• obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; ou

• tiverem elegido pelo menos 15 Deputados Federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação.

Essa rígida "cláusula de barreira", contudo, somente será aplicada a partir das eleições de 2030, prescrevendo a EC nº 97/2017 regras de transição, de acordo com o seu art. 3º, parágrafo único, da EC nº 97/2017, que alterou o art. 17, § 3º, da CF/1988, estabelece ter acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

• na legislatura seguinte às eleições de 2018: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem elegido pelo menos 9 Deputados Federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação;

• na legislatura seguinte às eleições de 2022: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem elegido pelo menos 11 Deputados Federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação;

• na legislatura seguinte às eleições de 2026: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem elegido pelo menos 13 Deputados Federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação.

18.4 Coligações partidárias: Evolução jurisprudencial e reformas constitucionais (EC nº. 52/2006 e EC nº 97/2017)

18.4.1 Regras gerais

A coligação partidária decorre da faculdade para a celebração de alianças entre dois ou mais partidos (acordo de vontades), dentro da mesma circunscrição, com o objetivo de escolherem candidatos para a disputa das eleições (art. 6º, da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições).

De acordo com a Lei das Eleições, a coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários (art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.504/1997).

Como consequência, o partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos (art. 6º, § 4º, da Lei nº 9.504/1997).

A seguir descrevemos a evolução do tema, devendo já deixar consignado que a EC nº 97/2017 alterou profundamente a temática para vedar, expressamente, a celebração de

coligações partidárias nas eleições proporcionais, mantendo essa faculdade apenas para as eleições majoritárias.

Passamos, então, a descrever o tema, destacando-se a sua importância em razão da evolução jurisprudencial e normativa (EC nº 52/2006 e EC nº 97/2017).

18.4.2 Primeiro momento – A consagração da regra da verticalização das coligações partidárias pelo TSE

Retomando a regra do art. 17, I, da CF/1988, que prevê a observância do preceito do caráter nacional dos partidos políticos, muita discussão surgiu em torno da decisão do TSE que determinou a verticalização das coligações partidárias para as eleições de 2002 (cf. art. 4º, § 1º, da IN nº 55/2002-TSE, – Res. nº 20.993/2002 e Res. nº 21.002/2002, tendo em vista a Consulta nº 715/2021).[4]

Isso porque, ao interpretar o art. 6º, caput, da Lei nº 9.504/1997,[5] o TSE entendeu que a circunscrição maior (federal – candidatos à Presidência da República) engloba a menor (estadual – Governador, Senadores, Deputados Federais e Estaduais).

De maneira bastante interessante, em seu voto à Consulta nº 715, a Ministra Ellen Gracie, retomando o entendimento firmado na Consulta nº 382-TSE (Rel. Min. Néri da Silveira) e na Consulta nº 738, que consagrou o princípio da simetria entre candidaturas majoritárias e proporcionais, com propriedade, asseverou: "... o âmbito de validade da restrição a que corresponde a cláusula – dentro da mesma circunscrição – deve ser entendido como o espaço maior, aquele em que se dá a eleição nacional. As coligações que neste patamar se formarem condicionam e orientam as que forem propostas para o âmbito dos estados-membros". Qualquer outro entendimento, completa, levaria "... a situações de bicefalia, ou, se preferirem, de esquizofrenia partidária, no nível estadual. Ou então, pior ainda, levariam a indesejáveis dissidências regionais em relação aos partidos, os quais, na forma da Constituição Federal, têm caráter nacional (art. 17, I, da CF/1988)".

---

[4] CTA nº 715: Consulta formulada pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, considerando o que dispõe o art. 6º, da Lei nº 9.504/1997, nos seguintes termos: "Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação para eleição de Presidente da República com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação? Resposta: EMENTA: Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente". Para efeito de atualização, devemos lembrar que a EC nº 97/2017 vedou as coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir de 2020.

[5] Art. 6º, da Lei nº 9.504/1997 – é facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário." Conforme visto na nota de rodapé acima, referido dispositivo deverá ser lido considerando a EC nº 97/2017, que vedou as coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir de 2020.

A regra do caráter nacional dos partidos políticos, conclui, "... sinaliza no sentido da coerência partidária e no da consistência ideológica das agremiações e das alianças que se venham a formar, com inegável aperfeiçoamento do sistema político-partidário".

Assim, os partidos políticos, para a coligação nas eleições estaduais, deverão obedecer, tendo em vista a também denominada "teoria dos conjuntos" (circunscrição maior absorvendo a menor), aos mesmos termos dos acordos nacionais fixados para as eleições presidenciais.

Apenas se alerta que referida regra da verticalização não se aplica às eleições municipais, já que, nessas hipóteses, não há simultaneidade de circunscrições. Isso porque a eleição municipal ocorre em momento diverso dos demais pleitos, caracterizando-se no jargão eleitoral, conforme lembrou o Ministro Nelson Jobim, uma "eleição solteira" (voto em CTA nº 715/2002).

Alerta-se, ainda, que, em segunda apreciação sobre o assunto, ao responder a diversas consultas (vide, v. g., Consultas 745/DF, 758/DF, 759/DF, 760/DF, 762/DF e 766/DF), o Ministro relator, Fernando Neves, refletindo o entendimento do TSE, flexibilizou as alianças para os partidos que não apresentem candidatos à presidência: "Consulta – Partido que não lançou candidato à eleição presidencial, isoladamente ou em coligação – Coligações – Possibilidades. 1. Partido político que não esteja disputando a eleição presidencial, isoladamente ou em coligação, pode, em Estados diversos e no Distrito Federal, celebrar coligações para as eleições majoritárias estaduais, com diferentes partidos que estejam disputando a eleição presidencial, com diferentes candidatos. 2. A coligação formada para disputar a eleição presidencial pode ser dividida e os partidos que a componham disputar, em grupos ou isoladamente, a eleição para governador. 3. Os partidos ou coligações não estão obrigados a lançar candidatos a todos os cargos em disputa" (CTA nº 762, Res. nº 21.048/TSE).

Devemos lembrar que a EC nº 97/2017 vedou a realização de coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir de 2020.

18.4.3 Ataques à regra da verticalização das coligações partidárias fixada pelo TSE e o destaque para o art. 16, da CF/1988 (cláusula constitucional da anualidade)

A regra da verticalização das coligações partidárias (circunscrição federal em relação à estadual e distrital) imposta pelo TSE sofreu, contudo, três importantes "ataques":

• foi questionada no STF (ADI 2.628-3 e ADI 2.626-7 Rel. Min. Sydney Sanches);

• ensejou a elaboração de projeto de Decreto Legislativo do CN objetivando suspender a aludida decisão do TSE que determinou a vinculação das coligações partidárias federais e estaduais;

• motivou a elaboração da PEC nº 4/2002-SF (PEC nº 548/2002-CD), pretendendo alterar o art. 17, § 1º, da CF/1988.

O STF, por maioria, não conheceu das duas ADIs, entendendo "... que o dispositivo impugnado limitou-se a dar interpretação ao art. 6º, da Lei nº 9.504/1997, caracterizando-se, portanto, como ato normativo secundário de natureza interpretativa, de modo que os eventuais excessos do poder regulamentar da Resolução em face, da Lei nº 9.504/1997 não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à Lei Ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à Constituição Federal, cuja análise é incabível em sede de controle abstrato de normas" (Inf. 264/STF, 2002).

O projeto de Decreto Legislativo, após ser considerado inconstitucional pelo Presidente da CD, restou prejudicado por 263 votos a 152.

A PEC nº 4/2002 foi aprovada em segundo turno no SF. Encaminhada para a CD, recebeu o nº 548/2002, tendo sido, em 2004, apresentado o Parecer da CCJR do relator, Deputado José Ivo Sartori, pela admissibilidade. Em 2006, o pleno da CD aprovou, em segundo turno, a referida PEC, acabando com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias em campanhas eleitorais. A PEC só foi promulgada como EC nº 52/2006, portanto, um mês após a sua aprovação, com a seguinte redação conferida ao art. 17, § 1º, da CF/1988:

"Art. 17. [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária".[6]

O art. 2º, da EC nº 52/2006 determinou a sua aplicação às eleições que ocorreram no ano de 2002, já finda. Sem dúvida, o objetivo dessa remissão era fazer com que a nova regra, supostamente direcionada para as eleições de 2002, já se aplicasse para as eleições de 2006.

A demora em promulgar a referida PEC, já aprovada, certamente deveu-se ao temor da regra fixada no art. 16, da CF/1988 e abaixo comentada.

Isso porque se vislumbrava a possibilidade de o TSE mudar o entendimento firmado em 2002, revendo a Res. nº 21.002/2002-TSE, em razão de nova consulta formulada por Ronaldo Nóbrega Medeiros, Secretário-Geral da Comissão Executiva Nacional do Partido Social Liberal (CTA nº 1.185/2005 e Res. nº 22.161).

---

[6] Lembramos que a EC nº 97/2017 alterou o art. 17, § 1º, da CF/1988, para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir das eleições de 2020.

Entretanto, em 2006, o TSE, por 5 x 2, manteve o entendimento de 2002, reforçando a regra da verticalização das coligações partidárias para as eleições de 2006.

Sem outra alternativa, as Mesas da CD e do SF promulgaram, como visto, a EC nº 52/2006. Primeira questão: a nova regra é constitucional?

Em nosso entender, a EC nº 52/2006 viola a cláusula pétrea do direito e garantia individual de terem os partidos políticos caráter nacional, coerência partidária e consistência ideológica, bem como o princípio da segurança jurídica, já que inova violando a regra do devido processo eleitoral.

Segunda questão: sendo considerada constitucional, a nova regra poderia ter sido aplicada às eleições de 2006?

Entendemos que não, pois, ao ser promulgada e publicada, a EC nº 52/2006 suplantou a Res. nº 21.002/2002, afastando, expressamente, a regra da obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias.

Trata-se, portanto, sem dúvida, de Lei nova que altera o processo eleitoral. Assim, nos termos do art. 16, da CF/1988, a nova regra, que entrou em vigor na data de sua publicação (2006), não poderia ser aplicada à eleição que ocorresse até um ano da data de sua vigência (2007).

O art. 16, da CF/1988, reforçado pela regra que lhe foi conferida pela EC nº 4/1994, consagra, de vez e claramente, a cláusula constitucional da anualidade, caracterizadora da segurança jurídica do processo eleitoral, evitando, assim, surpresas, tanto para o cidadão e eleitor como para o interessado em se candidatar.

Sepúlveda Pertence, ao comentar o art. 16, da CF/1988, observou tratar-se de "... inovação salutar inspirada na preocupação de qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: nele a preocupação é especialmente de evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era frequente, com os sucessivos "casuísmos", no regime autoritário decaído" (voto em Consulta nº 715/TSE).

Celso de Mello, em igual sentido, em outro julgado, destacou a importância da regra do art. 16, da CF/1988, mesmo antes de sua nova redação fortalecida pela EC nº 4/1994: "... A norma inscrita no art. 16, da CF/1988, consubstanciadora do princípio da anterioridade, da Lei eleitoral, foi enunciada pelo constituinte com o declarado-propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romperem a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos..." (STF, Plenário, ADI 353-MC/DF – DJ 1, de 1993).

Deve-se ressaltar que, no caso de Lei definindo regras para a hipótese da eleição indireta no regime de dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República (art. 81, § 1º, da CF/1988), não há falar em necessidade de observar o art. 16, da CF/1988, já

que, conforme interpretou o STF no julgamento das ADIs 4.298 e 4.309 (2009), não se cuida de Lei materialmente eleitoral, mas de Lei que trata de "... matéria político-administrativa que demandaria típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados" (Inf. 562/STF – cf. item 10.4.6.3).

18.4.4 Ataques à regra, da EC nº 52/2006, que expressamente acabou com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias. Mantida a verticalização para as eleições de 2006 (anualidade eleitoral – art. 16, da CF/1988). A EC nº 52/2006 entrou em vigor na data de sua publicação, mas somente pôde ser aplicada às eleições que ocorreram até um ano da data de sua vigência

Conforme visto, o objetivo explícito, da EC nº 52/2006 foi sepultar, de vez, a regra da obrigatoriedade das coligações partidárias, já que, ao modificar o art. 17, § 1º, da CF/1988, assegurou aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Buscando afastar essa nova prescrição trazida pela EC nº 52/2006, três medidas foram tomadas por aqueles que eram favoráveis à preservação da regra da verticalização das coligações partidárias:

• MS 25.811 – ajuizado em 2006 pelo Deputado Federal Miro Teixeira, ainda durante a tramitação do processo legislativo, buscava suspender a votação da referida PEC nº 548-B/2002, que objetivava o fim da verticalização das coligações políticas e viria a ser transformada na EC nº 52/2006.

O Ministro Cezar Peluso julgou prejudicado o referido MS, uma vez que veio a ser apreciado somente quando a PEC já havia se transformado em EC nº 52/2006. Consoante estudado no item 6.4.1.3 deste trabalho, o controle prévio ou preventivo realizado pelo parlamentar para assegurar o devido processo legislativo de formação, da Lei visa, exclusivamente, "trancar" o andamento do processo legislativo. Quando o projeto se transforma em espécie normativa, perde utilidade o mandado de segurança, devendo a norma produzida ser atacada mediante controle difuso ou concentrado, posterior e repressivo.

Outro ponto a justificar o não conhecimento do MS foi o fato de o STF ter mantido a regra da verticalização no julgamento da ADI 3.685, como se verá a seguir, só que, dando interpretação conforme o art. 16, da CF/1988, tendo em vista o princípio da anualidade.

• ADI 3.685 – ajuizada em 2006, pelo Conselho Federal da OAB, objetivava reconhecer a inconstitucionalidade da nova regra por violação ao art. 16, da CF/1988;

• ADI 3.686 – ajuizada em 2006, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), também pretendia a declaração de inconstitucionalidade, da EC nº 52/2006, aduzindo diversos argumentos.[7]

O STF, em um primeiro momento, tendo em vista a conexão da ADI 3.686 com a de nº 3.685, determinou o julgamento conjunto das ações.

Em 2006, porém, a Ministra Relatora, Ellen Gracie, entendeu que, em relação à ação ajuizada pela CONAMP, não se reconhecia a necessária pertinência temática entre os fins institucionais da Associação de Classe do MP e o alcance da norma impugnada, qual seja, a EC nº 52/2006. Assim, negou seguimento à ADI 3.686.[8]

Restou o julgamento da ADI 3.685, ajuizada pela OAB, que restringia o pedido à violação do art. 16, da CF/1988, não trazendo questionamentos sobre a matéria de fundo.

Em nosso entender, a EC nº 52/2006 deveria ter sido reconhecida como totalmente inconstitucional, já que violou a cláusula pétrea do direito e garantia individual, do caráter nacional dos partidos políticos e da segurança jurídica – art. 60, § 4º, IV, c/c os art. 17, I; 16; e 5º, caput, todos, da CF/1988.

Contudo, por 9 x 2, o STF manteve a inovação introduzida pela EC nº 52/2006, mas, tendo em conta o chamado "princípio" (mais tecnicamente, verdadeira "regra") da anualidade, previsto expressamente no art. 16, da CF/1988, e buscando evitar o atalhamento da

---

[7] A petição da CONAMP continha 98 páginas e sustentava a inconstitucionalidade com base em denso parecer do promotor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, destacando-se 3 teses: "a) art. 16, da CF/1988 como cláusula pétrea – vedação material implícita ao Poder Constituinte Derivado Reformador (democracia como princípio político-constitucional); b) art. 16, da CF/1988 como cláusula pétrea – vedação explícita ao Poder Constituinte Derivado Reformador (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988); c) art. 16, da CF/1988 e a aplicação e vigência das normas no tempo (antinomia ou conflito de leis no tempo). Inexistência de hierarquia entre normas constitucionais. Aplicação da nova regra somente nas eleições gerais/Presidencial de 2010".

[8] A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj), por outro lado, ajuizou, em 2006, a ADPF 89, buscando defender a regra trazida pela EC nº 52/2006 e a sua compatibilidade com o art. 16, da CF/1988. Em seu pedido requereu que o STF determinasse a todos os juízes e tribunais que interpretassem o art. 6º, caput, da Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral – coligações) no sentido de serem livres as coligações partidárias, apontando, assim, como preceito fundamental violado, o art. 1º, parágrafo único, da CF/1988 (a titularidade do poder pertence ao povo). Em 2006, a Ministra relatora também negou seguimento à aludida ADPF, com a seguinte decisão: "(...) desponta-se, portanto, como real objeto da ADPF ora analisada, o próprio teor, da EC 52/2006, ato normativo plenamente examinável por meio de ADI ou de ADC. De fato, no julgamento da ADI nº 3.685, de minha relatoria, ocorrido na sessão de 2006, o plenário desta corte, dando interpretação conforme à Constituição, fixou o entendimento de que a nova regra que extingue a chamada verticalização (art. 17, § 1º, da CF/1988) somente poderá ser aplicada, nos termos do art. 16, da CF/1988, após o transcurso de um ano da data de sua vigência. Conforme dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, "não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". Assim, sendo a pretensão da presente ADPF a busca da declaração de constitucionalidade da imediata aplicação, da EC nº 52/2006, mostra-se manifestamente incabível a via eleita, motivo pelo qual a ela nego seguimento, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF.

Constituição,[9] a Corte estabeleceu que a nova disposição não poderia ser aplicada às eleições de 2006.

Nesse sentido, reconheceu que "a emenda violou a Constituição Federal e julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão "aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002", contida no art 2º da EC nº 52/2006. A Ministra também deu interpretação conforme à Constituição à parte remanescente da emenda, no sentido de que as novas regras sejam aplicadas somente após um ano da data de sua vigência" (Cf. ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2006, DJ de 2006).

18.4.5 EC nº 97/2017: Alteração da Constituição Federal para se vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, admitindo-as apenas, como faculdade, para as eleições majoritárias

EC nº 52/2006	**EC nº 97/2017**
Art. 17, § 1º, da CF/1988: É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.	Art. 17, § 1º, da CF/1988: É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Conforme se observa no quadro acima, a EC nº 97/2017 altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir de 2020 (art. 17, § 1º, da CF/1988, c/c o art. 2º da EC nº 97/2017).

Essa vedação, deixamos claro, direciona-se expressamente e com exclusividade às eleições que são regidas pelo sistema proporcional, mantida a sua faculdade para o sistema majoritário.

O sistema proporcional é o estabelecido para a eleição de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores, enquanto o majoritário é o adotado nas eleições para Presidente da República, Governadores de Estados e do DF, Prefeitos e Senadores da República.

[9] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

No sistema proporcional, nem sempre o candidato mais votado levará a vaga, pois deverá ser observado o quociente eleitoral e quociente partidário. De modo diverso, no sistema majoritário, a vaga ficará com o mais votado.

O Código Eleitoral define quociente eleitoral e quociente partidário em seus art. 106 e art. 107, da Lei nº 4.737/1965, nos seguintes termos:

• quociente eleitoral: será obtido dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo número de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior (art. 106, da Lei nº 4.737/1965);

• quociente partidário: será obtido a partir da divisão do número de votos válidos dados sob a mesma legenda pelo quociente eleitoral, definindo-se, assim, o número de lugares para cada partido (art. 107, devendo ser interpretado com a novidade trazida pela EC nº 97/2017, que proibiu as coligações partidárias nas eleições proporcionais).

Dessa forma, conforme explica José Afonso da Silva, "feitas as operações supraindicadas, ficar-se-á sabendo quantos candidatos elegeu cada partido. Acontece que podem sobrar lugares a serem preenchidos, em consequência de restos de votos em cada legenda não suficientes, de per si, para fazer mais um eleito. Há vários métodos para a distribuição dos lugares restantes entre os partidos que concorrem à eleição. Para solucionar esse problema da distribuição dos restos ou das sobras o Direito Brasileiro adotou o método da maior média",[10] nos termos do art. 109 do Código Eleitoral, para o qual remetemos o nosso leitor.

A nova regra, introduzida pela EC nº 97/2017 – que veda as coligações partidárias nas eleições proporcionais –, ensejará o fortalecimento dos partidos maiores e o enfraquecimento dos menores ou tidos como "nanicos". Isso porque, na medida em que está vedada a realização de coligações partidárias nas eleições proporcionais, haverá muita dificuldade para a efetiva eleição dos candidatos, já que o número de votos válidos a serem computados dificilmente atingirá o quociente partidário (salvo algumas exceções decorrentes de candidatos "puxadores de votos", como pessoas famosas, personalidades, atores, apresentadores etc.). Essa situação sofre agravamento em razão da pouca visibilidade que esses partidos terão no horário gratuito, já que terão poucos segundos de aparição.

18.5 Fidelidade Partidária

O tema da fidelidade partidária é extremamente relevante e decorre de uma análise sistemática da Constituição. Em um primeiro momento, não havia Lei disciplinando o assunto, e, então, diante dessa lacuna, o TSE normatizou por meio de resolução.

---

[10] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Parte da doutrina e alguns parlamentares sustentavam que o TSE, ao legislar, teria usurpado competência legislativa e, acima de tudo, criado mais uma hipótese de perda de mandato não expressa no art. 55, da CF/1988.

Apesar da excelência dos argumentos, sustentamos que as regras definidas pela Corte Eleitoral por meio de resolução encontram fundamento no art. 55, V, da CF/1988, que estabelece a perda do mandato "quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição".

Posteriormente, o tema veio a ser regulamentado pela Lei nº 13.165/2015 (minirreforma eleitoral).

18.5.1 Sistema proporcional

Em relação ao sistema proporcional (eleição de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores), o STF, em 2007, julgando os MS 26.602, 26.603 e 26.604, resolveu a matéria e estabeleceu que a fidelidade partidária deve ser respeitada pelos candidatos eleitos.

Dessa forma, teoricamente, aquele que mudar de partido (transferência de legenda) sem motivo justificado perderá o cargo eletivo.

Isso porque reconheceu o STF o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as inter-relações entre o eleitor, o partido político e o representante eleito.

Mudar de partido caracteriza desvio ético-político e gera desequilíbrio no Parlamento. É fraude contra a vontade do povo.

No caso dos referidos mandados de segurança, deixamos claro novamente, o STF os apreciou somente em relação aos mandatos eletivos sob as regras do sistema proporcional (deputados e vereadores). Nesse sentido, seguindo o julgamento pelo TSE na CTA nº 1.398, o STF fixou a data de 2007 como o marco a partir do qual qualquer eleito (pelo sistema proporcional) que mudar de partido, sem justo motivo, estará violando as regras de fidelidade partidária.

Em complemento ao tema, cabe observar decisão bastante complexa proferida pelo STF em relação à transferência ou não do direito de sucessão ao novo partido em razão de mudança por justa causa, na hipótese de superveniente vacância, no caso concreto, em razão de morte do parlamentar eleito.

A situação concreta envolvia a mudança de partido pelo então Deputado Federal Clodovil Hernandez, famoso estilista, tendo sido reconhecida a justa causa pelo TSE.

Com a morte de Clodovil, surgiu a questão de saber se o suplente deveria ser do partido pelo qual ele foi eleito ou do novo partido que o recebeu em virtude da mudança por justa causa.

A questão foi resolvida pelo pleno no julgamento do MS 27.938, nos seguintes termos:

"EMENTA: Constitucional. Eleitoral. Fidelidade partidária. Troca de partido. Justa causa reconhecida. Posterior vacância do cargo. Morte do parlamentar. Sucessão. Legitimidade. O reconhecimento da justa causa para transferência de partido político afasta a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Contudo, ela não transfere ao novo partido o direito de sucessão à vaga. Segurança denegada" (MS 27.938, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

Conforme anotou o Min. Joaquim Barbosa, "como a troca de partidos não é submetida ao crivo do eleitor, o novo vínculo de fidelidade partidária não recebe legitimidade democrática inequívoca para a sua perpetuação e, assim, não há a transferência da vaga à nova sigla".

18.5.2 Sistema majoritário

O TSE, no julgamento da CTA 1.407, entendeu, em um primeiro momento, que também para os cargos eletivos pelo sistema majoritário incidiria a regra de perda do cargo para o eleito infiel (salvo, claro, justa causa). Para esses cargos, a data-marco foi em 2007, ou seja, qualquer eleito pelo sistema majoritário (Chefes de Executivo e Senadores) que mudasse de partido a partir de referida data perderia o cargo, salvo justo motivo.

Esse entendimento foi confirmado pela Corte Eleitoral na Res. nº 22.610/2007 que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, bem como o de justificação de desfiliação partidária.

O STF definiu como competente a Justiça Eleitoral para dispor sobre o tema da perda de mandato, tendo em vista o seu poder regulamentar (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2008, DJE de 2009).

CONTUDO, em momento seguinte, outro ponto diverso foi trazido na ADI 5.081, proposta pelo PGR: a Justiça Eleitoral teria legitimidade para estender a regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário (Chefes do Executivo e Senadores da República)?

Não.

Nesse sentido, em 2015, a Corte, por unanimidade, fixou a seguinte tese: "a perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor".

De acordo com o item 3 da ementa do voto do Min. Barroso, "o sistema majoritário, adotado para a eleição de Presidente, Governador, Prefeito e Senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (art. 1º, parágrafo único e

art. 14, caput, da CF/1988)". Assim, a perda de mandato por troca de partido não se aplica ao sistema majoritário.

Esse entendimento agora está explícito na S. 67/TSE: "a perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário" (j. 2016, DJE de 2016).

18.5.3 Resolução do TSE x Minirreforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015). Aspectos sobre a justa causa para desfiliação partidária e o caso específico do sistema majoritário

O processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, foi, inicialmente, estabelecido na Res. nº 22.610/2007 do TSE, com a redação dada pela Res. nº 22.733/2008, também do TSE, mas sem a sua aplicação para os candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

A ação tramitará perante o TSE para pedidos relativos a mandato federal e, nos demais casos, perante o TRE do respectivo Estado.

Segundo a Resolução, considera-se justa causa:

• incorporação ou fusão do partido;

• criação de novo partido;

• mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

• grave discriminação pessoal.

Em momento seguinte, a Lei nº 13.165/2015, ao introduzir o art. 22-A na Lei nº 9.096/1995, passou a prever, expressamente, regras sobre "fidelidade partidária", ao estabelecer que perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Para a nova regra (art. 22-A, parágrafo único, da Lei nº 9.096/1995), consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

• mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

• grave discriminação política pessoal; e

• mudança de partido efetuada durante o período de 30 dias que antecede o prazo de filiação exigido em Lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

As duas primeiras já estavam previstas na resolução do TSE, tendo sido criada uma nova, qual seja, uma "janela" admitindo expressamente a mudança de partido nesse único período de 30 dias antes do prazo que a Lei exige para a filiação partidária. No caso, o art. 9º, da Lei nº 9.504/1997, na redação dada pela Lei nº 13.488/2017, estabelece que, para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva

circunscrição pelo prazo de 6 meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo de 6 meses (alterando a regra introduzida pela minirreforma eleitoral – Lei nº 13.165/2015, que exigia o cumprimento do prazo de 1 ano para o domicílio eleitoral).

A "incorporação ou fusão do partido" e a "criação de novo partido" deixaram de se caracterizar como justa causa para a nova legislação, pois, naturalmente, agora, com a normatização pelo Congresso Nacional, não se mostra adequado aplicar, também, a antiga Res. nº 22.610/TSE.

Essa mudança na regra do jogo foi questionada no STF na ADI 5.398, e o Min. Barroso, em 2015, concedeu liminar, *ad referendum* do Plenário, para determinar a devolução do prazo integral de 30 dias para detentores de mandatos eletivos filiarem-se aos novos partidos registrados no TSE imediatamente antes da entrada em vigor, da Lei nº 13.165/2015 (liminar referendada pelo pleno em 2018, pendente a apreciação de mérito).

Conforme alegado na ADI pela Requerente, Rede Sustentabilidade, até então, valia a regra da Res. nº 22.610/2007 do TSE, que incluía a criação de novo partido entre as hipóteses de justa causa. Ao julgar a Consulta 755-35, por sua vez, o TSE confirmou o seu entendimento, qual seja, o período de 30 dias, a partir do registro do novo partido, como prazo razoável para a migração de detentores de mandato.

A "janela" que antes era admitida para troca de partidos sem a perda do mandato sempre que fosse criado novo partido e dentro de 30 dias agora passou a ser apenas nessa única hipótese de mudança de partido efetuada durante o período de 30 dias que antecede o prazo de filiação exigido na lei, no caso, o art. 9º, da Lei nº 9.504/1997.

A mudança das regras do jogo, de fato, conforme sustenta o Ministro, são se mostra razoável, havendo forte plausibilidade jurídica na alegação de inconstitucionalidade, por violação ao princípio da segurança jurídica, ao direito adquirido e às legítimas expectativas, inclusive confirmadas na referida consulta ao TSE.

No momento em que foi editada a lei, três partidos tinham acabado de ser registrados no TSE: Rede Sustentabilidade, Partido Novo e Partido da Mulher Brasileira. Com a nova regra, esses novos partidos recém-criados não poderiam receber parlamentares de outros partidos, sob pena de perda de mandato, pois a permitida "janela" de 30 dias, que até então se admitia ("criação de novo partido"), deixou de ser contemplada pela nova Lei como hipótese de justa causa para troca de partido.

Finalmente, um ponto tem de ser observado em relação ao sistema majoritário. Conforme alertamos e inclusive agora está pacificado na S. 67/TSE, que foi editada em 2016, portanto já na vigência, da Lei nº 13.165/2015, a perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

Assim, se a perda do mandato não se aplica ao sistema majoritário, não nos parece lógico ter o legislador estabelecido como justa causa para mudança de partido, sem a perda

do mandato, aquela efetuada durante o período de 30 dias que antecede o prazo de filiação exigido em Lei para concorrer à eleição majoritária (art. 22-A, parágrafo único, III, da Lei nº 9.096/1995) (tema pendente de apreciação pelo STF).

18.5.4 EC nº 91/2016 ("Janela Partidária Constitucional") e Minirreforma Eleitoral ("Janela Partidária Legal")

Conforme já tivemos a oportunidade de observar, a EC nº 91/2016 não altera formalmente nenhum art. da Constituição, nem introduz disposição na Carta. No caso, estamos diante de uma norma constitucional que está fora do texto, mas, que, naturalmente, pelo conceito de "bloco de constitucionalidade", tem, inegavelmente, caráter constitucional.

Pois bem, referida reforma constitucional passou a admitir, expressamente, mais uma "janela" a permitir a mudança de partido, sem a perda do mandato, estabelecendo ser facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos 30 dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Assim, diferente da "janela" introduzida no art. 22-A, parágrafo único, III, da Lei nº 9.096/1995 (pela Lei nº 13.165/2015), que é permanente e vale para as eleições futuras (observadas as regras que estabelece), a "janela" prevista na EC nº 91/2016 é temporária, porque apenas para o período que definiu, qual seja, nos 30 dias seguintes à sua promulgação (2016).

18.5.5 EC nº 97/2017 (nova "Janela Partidária Constitucional")

Conforme estudamos no item 18.3, a EC nº 97/2017 estabeleceu requisitos bem rígidos para que os partidos políticos tenham direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão (direito de antena), exigindo, alternativamente:

• a obtenção, nas eleições para a Câmara dos Deputados, de no mínimo 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; ou

• a eleição de pelo menos 15 Deputados Federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da Federação.

Essas regras, contudo, deverão ser observadas somente a partir das eleições de 2030 (art. 3º da EC nº 97/2017), tendo sido estabelecidos requisitos gradativos a serem observados na forma do art. 3º, parágrafo único, da EC nº 97/2017.

A nova janela partidária constitucional está descrita no art. 17, § 5º, da CF/1988 nos seguintes termos: "ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos art. 17, § 3º, da CF/1988 é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão".

Muito embora a regra da possibilidade de mudança de partido sem a sanção de perda do mandato tenha sido estabelecida expressamente apenas para as rígidas hipóteses descritas no art. 17, § 3º, da CF/1988 devemos lembrar, conforme visto acima, que essa exigência só passará a valer a partir de 2030.

Diante dessa longa dilação de prazo, pensamos que a autorização para a mudança de partido sem a sanção da perda do mandato deverá ser assegurada também se não forem atingidas as disposições escalonadas previstas no art. 3º, parágrafo único, da EC nº 97/2017.

Esse tema, certamente, ainda será apreciado pelo STF, já que a nova janela partidária constitucional não fez qualquer menção a esse período de 13 anos entre a vigência, da EC nº 97/2017 e o momento em que as regras do art. 17, § 3º, da CF/1988, passarão a ser exigidas (pendente).

18.6 A Vaga Decorrente do Licenciamento de Titulares de Mandato Parlamentar Deve Ser Ocupada pelos Suplentes das Coligações ou dos Partidos?

O STF, no julgamento dos MS 30.260 e 30.272, em 2011, por 10 x 1, entendeu que a vaga decorrente do licenciamento de titulares de mandato parlamentar, no caso para assumirem cargos de secretarias de Estado, deverá ser ocupada pelos suplentes das coligações, e não dos partidos.

Pode-se afirmar, então, que, se houve formação de coligação, o que é opcional e encontra fundamento na Constituição (art. 17, § 1º, da CF/1988), a vaga de suplência pertente a esta, e não ao partido político.

A suplência no caso das coligações também não se confunde com a infidelidade, já que esta se caracteriza como deslealdade ao partido político e fraude ao eleitor, conforme visto, sendo que, no entanto, o candidato eleito por coligação acaba se beneficiando da referida aliança.

Nesse sentido, como definido pelo STF, o que pedimos vênia para transcrever em razão da clareza,[11] "as coligações são conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais[12] ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que as compõem e a eles se sobrepõem, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los".

"A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos ainda, apaga os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados."

"A coligação assume perante os demais partidos e coligações os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado."

"O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado."

"A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações."

"Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral."

18.7 Financiamento das Campanhas Eleitorais – ADI 4.650, ADI 5.394 (Aspectos da Minirreforma Eleitoral de 2015 – Lei nº 13.165/2015) e ADI 5.494 (Perspectivas a Partir da Minirreforma Eleitoral de 2017 – Lei nº 13.488/2017)

[11] Trata-se de transcrição das ementas dos referidos julgados: MS 30.260 e MS 30.272, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2011, Plenário, DJE de 2011.

[12] Conforme já estudamos, a EC nº 97/2017 alterou a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir das eleições de 2020.

Pela regra que era prevista na Lei das Eleições, as pessoas jurídicas podiam doar até 2% do seu faturamento bruto do ano anterior à eleição (art. 81, § 1º, da Lei nº 9.504/1997, que veio a ser revogado pela Lei nº 13.165/2015).

Criticava-se o uso e influência do poder econômico sobre o político.

O Conselho Federal da OAB ajuizou em 2011 a ADI 4.650, questionando as regras sobre doações privadas para campanhas eleitorais e partidos políticos e, assim, atacando dispositivos, da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) e Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), que regulam as contribuições de pessoas jurídicas e pessoas físicas para as campanhas eleitorais.

Ilustrando a questão, em seu voto, destaca o Min. Fux: "em 2002 foram gastos no país R$ 798 milhões em campanhas eleitorais, e em 2012, o valor foi de R$ 4,5 bilhões – um crescimento de 471%. O gasto per capita do Brasil com campanhas supera o de países como França, Alemanha e Reino Unido, e como proporção do PIB, é maior do que os EUA. Em 2010, o valor médio gasto por um deputado federal eleito no Brasil chegou a R$ 1,1 milhão, e um senador, R$ 4,5 milhões. Esses recursos, por sua vez, são doados por um universo pequeno de empresas – os dez maiores doadores correspondem a 22% do total arrecadado".

E afirma: "o exercício de direitos políticos é incompatível com as contribuições políticas de pessoas jurídicas. Uma empresa pode até defender causas políticas, como direitos humanos, mas há uma grande distância para isso justificar sua participação no processo político, investindo valores vultosos em campanhas", contrariando, assim, a essência do regime democrático (idem).

Pois bem, o STF, em 2015, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ADI em referência para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27, da Lei nº 9.868/1999. Consequentemente, a decisão aplicou-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela Lei em vigor.

Em razão dessa decisão, duas questões podem ser observadas depois da publicação da chamada minirreforma eleitoral (Lei nº 13.165/2015): a) financiamento de campanha por pessoa jurídica; b) financiamento de campanha por pessoa física.

Em relação ao financiamento por pessoa jurídica, o projeto de Lei o admitia (art. 24, XII, § 2º e § 3º, art. 24-A e art. 24-B, da Lei nº 9.504/1997, inseridos pelo art. 2º da proposta legislativa aprovada pelo parlamento).

Contudo, a ex-Presidente da República Dilma Rousseff vetou essa possibilidade, com a seguinte justificativa: a possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, violaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o STF na ADI 4.650 (Mensagem nº 358/2015).

Em relação à segunda questão, a minirreforma eleitoral estabelece que as pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto na referida lei. Em tese, a decisão do STF delegou para o legislador essa definição. Acontece que o julgamento da ADI 4.650 se deu em 2015, antes, portanto, da minirreforma eleitoral, Lei nº 13.165/2015.

O art. 28, § 12 da Lei nº 9.504/1997, (na redação introduzida pela minirreforma), os valores transferidos pelos partidos políticos oriundos de doações serão registrados na prestação de contas dos candidatos como transferência dos partidos e na prestação de contas dos partidos, como transferência aos candidatos, sem individualização dos doadores.

O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, no julgamento da ADI 5.394, em 2015, deferiu medida cautelar para suspender, até o julgamento final da ação, a eficácia da expressão "sem individualização dos doadores", introduzida pela reforma, conferindo, ainda, efeitos *ex tunc* à decisão (DJE de 2016, mérito pendente).

Em nosso entender, acertada a decisão da Corte ao proibir as criticáveis "doações ocultas", dificultando a prestação e o controle de contas, em total desrespeito à sociedade e ao postulado da transparência. Nas palavras do Min. Teori Zavascki, relator, "ao determinar que as doações feitas a candidatos por intermédio de partidos sejam registradas sem a identificação dos doadores originários, a norma institui uma metodologia contábil diversionista, estabelecendo uma verdadeira cortina de fumaça sobre as declarações de campanha e positivando um controle de fantasia. Pior, premia um comportamento elusivo dos participantes do processo eleitoral e dos responsáveis pela administração dos gastos de campanha. Isso atenta contra todo um bloco de princípios constitucionais que estão na medula do sistema democrático de representação popular" (Notícias STF, 2015).

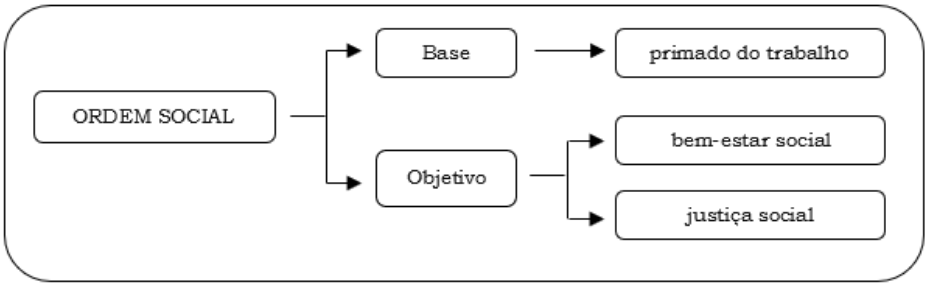
Em 2018, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "sem individualização dos doadores", constante da parte final do art. 28, § 12, da Lei nº 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 13.165/2015, confirmando, assim, a liminar deferida. De maneira acertada, a Lei nº 13.877/2019, na linha da decisão da Corte, alterou a redação do referido art. 28, § 12, da Lei nº 9.504/1997, retirando a referida expressão.

19 ORDEM SOCIAL

Sumario: 19.1 Aspectos Gerais 19.2 Seguridade Social 19.3 Educação 19.4 Cultura 19.5 Desporto 19.6 Ciência, Tecnologia e Inovação (EC nº 85/2015) 19.7 Comunicação Social 19.8 Meio Ambiente 19.9 Família, Criança, Adolescente, Jovem e Idoso 19.10 Índios

19.1 Aspectos Gerais

19.1.1 Valores da ordem social: Base e objetivo



A ideia de Constituição social está materializada no Título VIII, da CF/1988, que trata da ordem social.

Nos termos do art. 193, da CF/1988, a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais, estabelecendo perfeita harmonia com a ordem econômica, que se funda, também, a teor do art. 170, caput, da CF/1988, na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. A ordem econômica tem por fim (objetivo), em igual medida, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

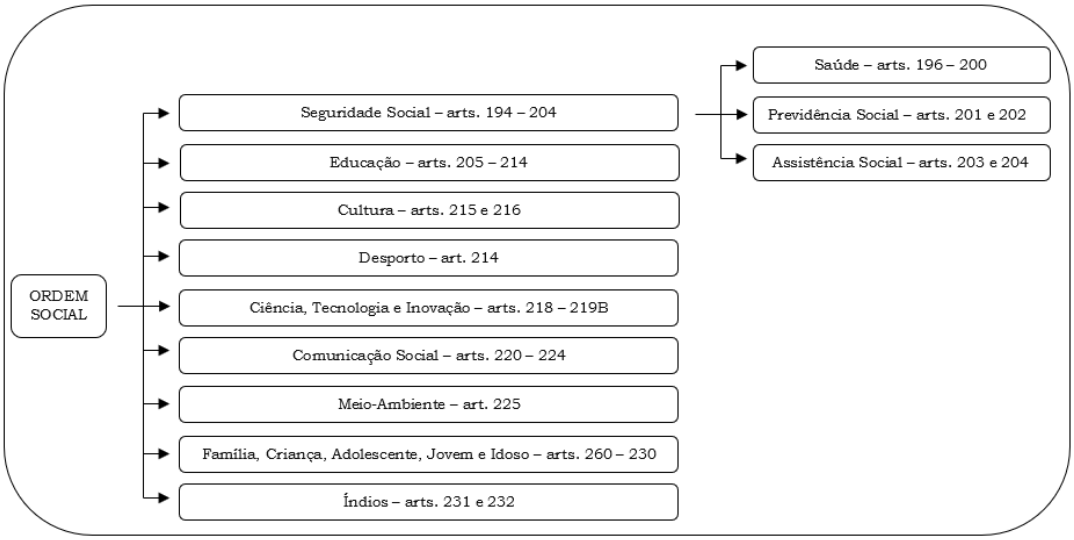
Segundo José Afonso da Silva, "ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída".[1]

19.1.2 Conteúdo da ordem social

[1] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

De acordo com o art. 6º, da CF/1988 (EC nº 26/2000, EC nº 64/2010 e EC nº 90/2015), o ser humano apresenta-se como destinatário dos direitos sociais, quais sejam: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Nesse contexto, com razão, anota José Afonso da Silva[2] que, juntamente com o título dos direitos fundamentais, a ordem social forma o núcleo substancial do regime democrático, apresentando o seguinte conteúdo, que será desenvolvido ao longo deste capítulo:



De fato, concordamos com o autor ao reconhecer que nem todos os temas englobados pelo título da ordem social apresentam o referido conteúdo típico, por exemplo, ciência, tecnologia e inovação, meio ambiente e sobretudo índios, que serão tratados dentro de um contexto bastante alargado de ordem social, simplesmente pela conveniência didática da sequência apresentada pela Constituição.

19.2 Seguridade Social

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, caput, da CF/1988), sobressaindo os seus princípios orientadores e as formas de seu financiamento, que passam a ser indicados.[3]

[2] SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.*

[3] Sugerimos aos candidatos o aprofundamento das regras sobre saúde, previdência e assistência social nos livros de Direito Previdenciário.

19.2.1 Princípios orientadores da organização da seguridade social

Dispõe o art. 194, parágrafo único, da CF/1988, que compete ao Poder Público, nos termos, da Lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

• universalidade da cobertura e do atendimento;

• uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

• seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

• irredutibilidade do valor dos benefícios;

• equidade na forma de participação no custeio;

• diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social (EC nº 103/2019);

• caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

19.2.2 Financiamento da seguridade social

Na dicção do art. 195, da CF/1988, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos, da Lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

• do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma, da Lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;

• do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social (EC nº 103/2019);

• sobre a receita de concursos de prognósticos;

• do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a Lei a ele equiparar.

Estamos diante de regras de custeio de toda a seguridade social, incluindo, conforme vimos, saúde, previdência e assistência social.

O STF interpretou de maneira ampla a destinação do dever de custeio da seguridade social, e, nesse particular, cumpre distinguir a imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF/1988.

Redação anterior à dada pela EC nº 33/2001: "À exceção dos impostos de que tratam o art. 155, caput, I e II, da CF/1988, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País".

Redação dada pela EC nº 33/2001: "À exceção dos impostos de que tratam o art. 155, caput, II e o art. 153, I e II, da CF/1988, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País".

Muitos poderiam cogitar que, antes da redação dada pela EC nº 33/2001 ao art. 155, § 3º, da CF/1988, a imunidade estabelecida para as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País, por falar o texto em tributo, e não em imposto, abarcaria, também, as contribuições para o financiamento da seguridade social.

Todavia, entendeu o STF que não, devendo o referido art. 155, § 3º, da CF/1988, harmonizar-se com o art. 195, caput, da CF/1988:

COFINS. PIS. Distribuidoras de derivados de petróleo, mineradores, distribuidoras de energia elétrica e executoras de serviços de telecomunicações. O Supremo Tribunal Federal (sessão em 1999), concluindo o julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 205.355 (Ag.Rg); 227.832; 230.337; e 233.807, Rel. Min. Carlos Velloso, abrangendo as contribuições representadas pela COFINS, pelo PIS e pelo FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, a serviços de telecomunicações, e a derivados de petróleo, combustíveis e minerais, entendeu que, sendo elas contribuições sociais sobre o faturamento das empresas, destinadas ao financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, caput, da CF/1988, não lhes é aplicável a imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF/1988" (RE 224.964, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 1999, DJ de 2000). No mesmo sentido: RE 144.971-DF" (RE 230.337, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1999, DJ de 2002).

Nessa linha, destacamos a S. 659/STF: "É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país" (Sessão Plenária de 2003).

19.2.3 Competência discriminada (Lei Ordinária) e competência residual (Lei Complementar)

As formas de custeio previstas no art. 195, I ao IV, da CF/1988, materializam-se por Lei Ordinária e no exercício da denominada competência discriminada da União. Isso porque, conforme entendimento do STF, não se aplica a regra do art. 146, III, "a", da CF/1988, (que exige Lei Complementar para a modalidade imposto de tributo), nem a regra do art. 195, § 4º, da CF/1988, que trata de outras fontes de custeio da seguridade social.

Já para a instituição de outras fontes de custeio destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o art. 154, I, da CF/1988, e nos termos do art. 195, § 4º, da CF/1988, indispensável será a Lei Complementar. Trata-se da denominada competência residual da União. Nesse sentido:

SEBRAE. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Lei nº 8.029/1990, art. 8º, § 3º da Lei nº 8.1541990, Lei nº 10.668/2003, art. 146, III, art. 149, art. 154, I, art. 195, § 4º, da CF/1988. As contribuições do art. 149, da CF/1988, contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, posto estarem sujeitas à Lei Complementar do art. 146, III, da CF/1988, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por Lei Complementar. À contribuição social do art. 195, § 4º, da CF/1988, decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: art. 154, I, da CF/1988 *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º, da CF/1988 (RE 396.266, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2003, DJ de 2004).

19.2.4 Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 (PIS/PASEP e COFINS). EC nº 20/1998 – impossibilidade do fenômeno da "constitucionalidade superveniente"

Como se sabe, o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP ao dar um novo conceito a faturamento, diferentemente do que estabelecia a redação original do art. 195, I, da CF/1988, tudo como se percebe pelo quadro abaixo.

REDAÇÃO ORIGINAL DADA AO ART. 195, I, DA CF/1988: FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL MEDIANTE AS SEGUINTES CONTRIBUIÇÕES	**CONCEITO DE FATURAMENTO DADO PELO ART. 2º DA LC Nº 70/1991**	**AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS/PASEP PELO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998**	**REDAÇÃO DADA AO ART. 195, I, DA CF/1988 PELA EC Nº 20/1998: FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL MEDIANTE AS SEGUINTES CONTRIBUIÇÕES**
Art. 195, I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;	Art. 2º – A contribuição de que trata o art. anterior será de 2% e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e	Art. 3º – O faturamento a que se refere o art. anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica; § 1º – Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo	Art. 195, I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma, da Lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à

	serviços e de serviço de qualquer natureza.	irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.	pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro.

Assim, o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, ao ampliar o conceito de faturamento, extrapolou, criando uma figura sem fundamento no original art. 195, I, da CF/1988, já que estabelecia uma ideia de receita. Sob esse aspecto, referida Lei "nasceu morta", viciada, sem fundamento na Constituição.

Trata-se de nulidade absoluta, ou seja, vício congênito, que não pode ser convalidado. Dessa forma, mesmo com o advento, da EC nº 20/1998 (DOU de 1998), posterior à Lei nº 9.718/1998 (DOU de 1998), que passaria a dar sustentáculo ao novo conceito de faturamento, não se pode aceitar a correção do vício de inconstitucionalidade, uma vez que, conforme estudado, o STF, como regra geral, não aceita o fenômeno da constitucionalidade superveniente. Nesse sentido:

"Constitucionalidade superveniente – Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 – EC nº 20/1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. Tributário – Institutos – Expressões e vocábulos – Sentido. A norma pedagógica do art. 110, do Código Tributário Nacional, ressalta a impossibilidade de a Lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. Contribuição Social – PIS – Receita Bruta – Noção – Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195, da CF/1988, anterior à EC nº 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada" (RE 346.084, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2005, DJ de 2006). No mesmo sentido: RE 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2005, DJ de 2006; RE 357.950, j. 2005, DJ de 2006.

19.2.5 Cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) para sociedades civis de profissões regulamentadas

19.2.5.1 Inexistência de hierarquia entre LC e LO

O tema é muito interessante, não só em razão dos aspectos financeiros que envolve, mas, especialmente, ao nosso objetivo neste trabalho – analisar se há ou não hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária.[4]

O art. 6º, II, da LC nº 70/1991 estabeleceu a isenção da COFINS para as sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada.

Por sua vez, o art. 56, da Lei nº 9.430/1996 revogou a referida isenção: "As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas, da LC nº 70/1991".

Assim, grande questão se colocou: poderia uma Lei Ordinária revogar art. de Lei Complementar?

Duas correntes surgiram. A primeira entendia que LO não poderia revogar art. de LC, tendo em vista o princípio da hierarquia entre LC e LO e, ainda, o critério da impossibilidade de Lei geral posterior revogar Lei especial anterior. Na linha da hierarquia das normas, várias decisões do STJ caminharam nesse sentido (cf., por exemplo: AgREsp 253.984/RS, DJ de 2000, REsp 221.710/RJ, DJ de 2002), tendo sido, inclusive, em 2003 (DJ de 2003) editada a S. 276/STJ: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado".

No STF, contudo, a tendência era diferente. No julgamento do RE 419.629, a 1ª Turma entendeu que não existe hierarquia entre LC e LO, mas, em realidade, âmbito material a ser regulamentado. Algumas matérias são regulamentadas por LC. Assim, se uma LO tratar do assunto, ela será inconstitucional por violar a própria regra de competência, da CF/1988.

No caso concreto da isenção da COFINS, conforme visto anteriormente no item 19.2.3, o STF entendeu que a regulamentação das matérias do art. 195, I ao IV, da CF/1988, materializa-se por Lei Ordinária e no exercício da denominada competência discriminada da União, não se aplicando, assim, a regra do art. 146, III, "a", da CF/1988, (que exige LC para a modalidade imposto de tributo), nem a regra do art. 195, § 4º, da CF/1988, que trata de outras fontes de custeio da seguridade social, na denominada competência residual da União.

Dessa maneira, a isenção conferida por LC poderia ter sido estabelecida por LO. Vale dizer, a LC nº 70/1991 tem forma de LC, mas essência, "alma", de LO. Logo, por ter status de LO, a revogação da isenção concedida poderia ter sido, como foi, veiculada por LO. Vejamos:

"Contribuição social (art. 195, I, da CF/1988): legitimidade da revogação pela Lei nº 9.430/1996 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela LC nº

[4] Assim, muito cuidado aqueles que vão prestar concurso para PFN.

70/1991, dado que essa lei, formalmente complementar, é, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída, materialmente ordinária; ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente: ADC 1, Moreira Alves, RTJ 156/19721" (RE 457.884-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006). No mesmo sentido: RE 419.629, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006; AI 637.299-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.09.2007, DJ de 2007. Cf., também, Inf. 459/STF.

O STF consagrou, portanto, a tese da inexistência de hierarquia entre LC e LO. No fundo, o conflito supostamente existente será de competência constitucional. Eventual LO que trate de assunto reservado a LC será inconstitucional não por violar a LC em si, mas por violar a própria CF/1988.

De todo o exposto, diante da posição firmada pelo STF, julgando a AR 3.761-PR, na sessão de 2008, a Primeira Seção do STJ deliberou pelo cancelamento da S. 276 e, em momento seguinte, editou a S. 508 com os seguintes dizeres: "a isenção da COFINS concedida pelo art. 6º, II, da LC nº 70/1991 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais foi revogada pelo art. 56, da Lei nº 9.430/1996" (j. 2014, DJE de 2014).

19.2.5.2 A questão da modulação dos efeitos da decisão pelo STF

Destacamos os julgamentos dos REs 377.457 e 381.964, nos quais se discutia o tema da revogação da isenção. Como o STF entendeu pela constitucionalidade da cobrança, restou a questão sobre conceder ou não a modulação dos efeitos da decisão.

Como se sabe, nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868/1999, ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de 2/3 (pelo menos 8 Ministros) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Não há dúvida de que o STF pode, por analogia, aplicar referida regra também ao controle difuso, até porque a tese julgada passa a servir de parâmetro para outros recursos extraordinários já interpostos e sobrestados (art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, com correspondência mais ampliada nos art. 1.039 e art. 1.040, CPC).

Contudo, em 2008, o STF não aceitou a modulação dos efeitos da decisão. A votação ficou empatada em 5 x 5 e, portanto, não se conseguiu o número mínimo de 8 Ministros para se aplicar a modulação dos efeitos da decisão.

Parece-nos que as críticas feitas por alguns Ministros que defendiam a modulação são muito pertinentes, especialmente por ter vigorado, por 5 longos anos, a S. 276/STJ fixando uma posição completamente oposta a essa nova do STF.

Segundo sustentou o Min. Menezes Direito, essa divergência de julgamentos "pode gerar uma insegurança jurídica e consequências terrificantes". Em igual sentido, o Min. Celso de Mello, em face do tempo durante o qual perdurou o entendimento firmado na S. 276/STJ, argumentou: "esse longo período consolidou justas expectativas no espírito dos contribuintes, incutindo neles a confiança da plena regularidade da sua conduta, que se pautou segundo os cânones estabelecidos no enunciado" (Notícias STF, 2008).

O Min. Cezar Peluso, no entanto, "... rejeitou a modulação por não ver densidade jurídica que justificasse a tese. "Não podemos baratear o uso analógico da modulação, sob o risco de ter de modular toda a alteração feita sobre o entendimento dos tribunais". Ele defendeu que as decisões da Corte têm de sinalizar para o contribuinte que ele leve a sério suas obrigações tributárias" (Notícias STF, 2008).

Assim, por 8 x 2 (no mérito – lembrando que 5 x 5 foi a discussão sobre a modulação ou não da cobrança), entendeu o STF que os profissionais liberais (sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados) estão obrigados a recolher a Cofins, não tendo havido a modulação dos efeitos da decisão.[5]

19.3 Educação

Conforme prescrito na Constituição, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, da CF/1988).

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva, "a educação, como processo de reconstrução da experiência, é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos art. 205 ao art. 214, da CF/1988, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado. Tal concepção importa elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos – daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo quê a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é meramente secundária e condicionada (art. 209 e art. 213, da CF/1988)".[6]

---

[5] A última esperança estava na ADI 4.071, proposta pelo PSDB, que, além da questão de mérito, pedia a modulação dos efeitos. Contudo, em 2008, o Min. Menezes Direito extinguiu a ação, justificando que a matéria já havia sido inteiramente julgada pelo Plenário do STF nos referidos mandados de segurança (REs ns. 377.457 e 381.964).

[6] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

19.3.1 Homeschooling (RE 888.815)

Remetemos o nosso querido leitor para discutirmos a temática do homeschooling na plataforma, tendo a informação de que o STF fixou a seguinte tese sobre a matéria: "não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira" (tema 822 da repercussão geral – RE 888.815, j. 2018).

19.3.2 Aspectos gerais – FUNDEB – EC nº 53/2006

A EC nº 53/2006, é fruto da conversão da PEC nº 9/2006–SF (PEC nº 536/1997–CD), dando nova redação aos art. 7º, art. 23, art. 30, art. 206, art. 208, art. 211 e art. 212 da da CF/1988 e ao art. 60, do ADCT.

Como anota o Senador José Jorge em seu parecer na CCJ, "em linhas gerais, trata-se da ampliação do mecanismo de financiamento do ensino fundamental público, oferecido pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e inaugurado pela EC nº 14/1996...".

A EC nº 14/1996 criou o FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, com prazo para vigorar por 10 anos e, assim, com término previsto para 2006.

Com o fim do FUNDEF, a EC nº 53/2006, ao criar o FUNDEB, torna o fundo mais abrangente e com prazo de 14 anos, com início em 2007 e término previsto para 2021.

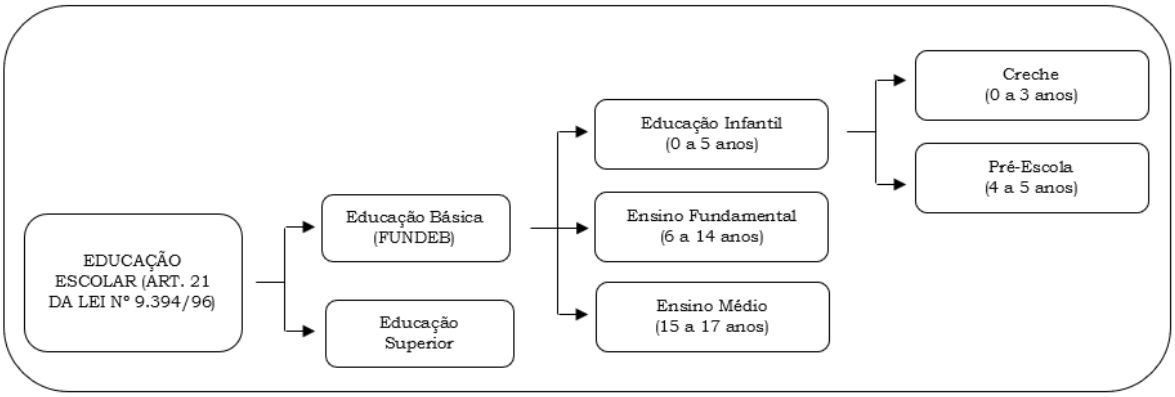
Isso porque, enquanto o FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) buscava o aperfeiçoamento do ensino fundamental, o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) procura ampliar os mecanismos de financiamento da educação básica, na medida em que, além de cobrir o ensino fundamental, abrange, também, a educação infantil (creche e pré-escola) e o ensino médio.

Nos termos do art. 21, da Lei nº 9.394/1996 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), a educação escolar compõe-se de: a) educação básica, composta por educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; b) educação superior.

A educação básica tem por finalidade desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores (art. 22, da Lei nº 9.394/1996).

19.3.3 Quadro esquematizado da educação escolar

Acrescentamos, para facilitar o estudo, quadro ilustrativo da educação escolar, destacando o direcionamento do FUNDEB para toda a educação básica e não nos restringindo ao ensino fundamental:[7]



A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (art. 208, da CF/1988):

• educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

• progressiva universalização do ensino médio gratuito;

• atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

• educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade;[8]

• acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

• oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

• atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

---

[7] As idades indicadas no quadro estão nos termos, da Lei nº 11.274/2006, que, ao modificar o art. 32, da Lei nº 9.394/1996, determinou a ampliação da duração do ensino fundamental obrigatório para 9 anos, gratuito na escola pública e iniciando aos 6 anos de idade. Contudo, conforme o art. 5º, da Lei nº 11.274/2006, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal teriam até 2010 para implementar a obrigatoriedade da duração de 9 anos para o ensino fundamental e a abrangência da pré-escola. Nesse sentido, até 2010 as idades indicadas poderiam variar de 0-3 anos (creche); 4-6 anos (pré-escola); 7-14 anos (ensino fundamental) e 15-17 anos (ensino médio).

[8] A redução de 6 para 5 anos se deu pela EC nº 53/2006. Somente quase 10 anos depois é que o ECA veio a ser atualizado nos termos, da Lei nº 13.306/2016.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório, os seus sistemas de ensino em regime de colaboração, estabelecendo a Constituição (art. 211, da CF/1988) os seguintes parâmetros:

• União: organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e um padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

• Estados e o Distrito Federal: atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

• Municípios: atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil;

A dificuldade de vagas em creches próximas à residência ou local de trabalho tem sido um tema recorrente no Judiciário. Enquanto direito fundamental de segunda dimensão, existem importantes decisões do STF no sentido de se tratar de dever do Estado (prestação positiva), afastando-se a alegação da cláusula de "reserva do possível" para a não atuação municipal (art. 208, IV, c/c o art. 211, § 3º, da CF/1988), inclusive com a possibilidade de aplicação de multa diária até o cumprimento da obrigação de implementação da matrícula (cf. ARE 639.337-AgR/SP, j. 2011, 2ª T., tendo sido o entendimento reafirmado no RE 956.475, Min. Celso de Mello, j. 2016).

19.3.4 Regras gerais do fundo

• Vigência: 14 anos, a partir da promulgação, da EC nº 53/2006.

• Destinação: manutenção e desenvolvimento da educação básica, qual seja, a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, e remuneração condigna dos trabalhadores da educação.

• Fontes de recursos: 20% dos impostos e transferências estaduais mais 20% das transferências municipais (observando que os impostos municipais não entram na composição do Fundo). Referida fonte deverá ser implementada gradativamente:

a) Contribuição de Estados, DF e Municípios: a1) 16,66% no 1º ano; a2) 18,33% no 2º ano; a3) 20% a partir do 3º ano, sobre: Fundo de Participação dos Estados – FPE; Fundo de Participação dos Municípios – FPM; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS; Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações – IPIexp; Desoneração de Exportações (LC nº 87/1996);

b) Contribuição de Estados, DF e Municípios: b1) 6,66% no 1º ano; b2) 13,33% no 2º ano; b3) 20% a partir do 3º ano, sobre: Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD; Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA; quota-parte de 50% do Imposto Territorial Rural devida aos Municípios – ITR;

c) Previsão de complementação dos recursos pela União: nos termos do art. 60, V, VI e VII, do ADCT. O não cumprimento do disposto no art. 60, caput, V e VII do ADCT importará crime de responsabilidade da autoridade competente.

• Valorização dos profissionais da educação: nos termos do art. 60, XII, do ADCT, pelo menos 60% do FUNDEB devem ser destinados ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício ("direção, administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional").[9]

Nesse sentido, estabelece o art. 206, V, da CF/1988 como princípio básico do ensino a valorização dos profissionais da educação escolar, garantindo, na forma, da Lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos aos das redes públicas. Além disso, na linha de valorização do profissional, o art. 206, VIII, da CF/1988, fixa a previsão de piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de Lei Federal.

• Uso dos recursos: "manutenção e desenvolvimento da educação: construção, ampliação e reforma de escolas; equipamentos; material didático; transporte escolar; formação de profissionais, entre outras. NÃO PODE: despesas com alimentação, assistência médica, odontológica e social".[10]

• Salário-educação: vinculado à educação básica. Conforme o art. 212, § 5º, da CF/1988, a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma, da Lei. O art. 212, § 6º, da CF/1988, completa que as cotas estaduais e municipais de arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

• Distribuição dos recursos do fundo: com base no número de alunos da educação básica. Para efeito de distribuição dos recursos, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental (100%), e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de jovens e adultos 1/3 das matrículas no primeiro ano, 2/3 no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano (art. 60, § 4º, do ADCT).

19.3.5 Fim (progressivo) da DRU para a educação e as EC nº 59/2009, EC nº 68/2011, EC nº 93/2016 e EC nº 103/2019

O art. 2º, da Lei nº 4.320/1964 prevê que a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios da unidade, universalidade e anualidade.

---

[9] Cf. Assessoria de Comunicação Social do MEC, Notícias 2006
[10] *Ibidi.*

Observa-se, assim, um alto grau de vinculação no orçamento brasileiro, como as transferências constitucionais, seguridade social, manutenção e desenvolvimento do ensino etc.

De acordo com o art. 76, do ADCT, contudo, na redação dada pela EC nº 68/2011, foi retomado o mecanismo de se Desvincular Recursos da União (DRU): "são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 2015, 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais".

A EC nº 93/2016, por sua vez, alterou a redação do art. 76, captu, da CF/1988, prorrogando a DRU e aumentando o seu percentual, nos seguintes termos: "são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 2023, 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data".

O objetivo da DRU é "... dar uma maior flexibilidade à alocação dos recursos públicos e não significa elevação das receitas disponíveis para o governo federal. Além disso, não afeta as transferências constitucionais para Estados e municípios, cuja principal fonte de receita é o IPI e o Imposto de Renda, uma vez que a desvinculação é feita após os cálculos das transferências". As suas finalidades podem ser: a) permitir a alocação mais adequada de recursos orçamentários; b) não permitir que determinados itens de despesas fiquem com excesso de recursos vinculados, ao mesmo tempo que outras áreas apresentam carência de recursos; c) permitir o financiamento de despesas incomprimíveis sem endividamento adicional de União".

Excetua-se da aludida desvinculação a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, § 5º, da CF/1988.

Muito embora a EC nº 93/2016, diferentemente, da EC nº 68/2011 (cf. art. 76, § 1º, do ADCT, agora revogado), tenha também estabelecido a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, dentre outras, houve a preservação dos recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, o art. 198 § 2º, I e II e o art. 212, da CF/1988.

A EC nº 59/2009, por sua vez, inovou ao acabar com a DRU – Desvinculação de Receitas da União – para a educação. Essa desvinculação, como se observava da redação conferida ao art. 76, § 3º do ADCT, dar-se-ia de modo gradativo: "para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212, da CF/1988, o percentual referido no caput deste artigo será de 12,5% no exercício de 2009, 5% no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011".

Nesse sentido, a EC nº 68/2011, ao dar nova redação ao art. 76, § 3º, do ADCT, estabeleceu que, para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, o percentual referido no caput será nulo, confirmando, portanto, a previsão fixada pela EC nº 59/2009, situação esta mantida na EC nº 93/2016.

Assim, segundo noticiado, "a previsão é que com a extinção da desvinculação, a Educação recebesse em 2009 cerca de R$ 4 bilhões, de um total previsto de R$ 41 bilhões. Em 2010, o fim da DRU para a educação representará injeção de novos R$ 8 bilhões para o ensino" (Notícias STF, 2009).

Não parece que isso seja suficiente para resolver o grave problema de educação no Brasil, porém é uma garantia de que os governantes aplicarão um valor mínimo nesse tema essencial para o crescimento do País. Naturalmente que os orçamentos deverão preocupar-se além desse mínimo.

A Reforma da Previdência trazida pela EC nº 103/2019, por sua vez, criou mais uma exceção: "a desvinculação de que trata o caput não se aplica às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social".

Outro ponto de suma importância trazido pela EC nº 59/2009 foi o aumento da escolaridade obrigatória.

Agora, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I, da CF/1988).

Essa extensão da garantia da obrigatoriedade do ensino (que antes, da EC nº 59/2009 era apenas para o ensino fundamental) deverá ser implementada progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.

Para alcançar esse objetivo, agora o art. 211, § 4º, da CF/1988, passa a incluir a União no regime de colaboração, responsabilidade essa que não poderia ficar só com os Estados e Municípios: na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação que passou a ter duração decenal (art. 214, caput, da CF/1988).

19.4 Cultura

Assim como a educação, também este importante tema da cultura está em processo de análise e desenvolvimento. Novamente, pedimos escusas ao nosso ilustre leitor, concentrando-nos nas novidades introduzidas pelas EC nº 48/2005 e EC nº 71/2012.

19.4.1 Plano Nacional de Cultura (EC nº 48/2005)

O art. 215, da CF/1988 consagra como direito fundamental o princípio da cidadania cultural ao prescrever que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

E os parágrafos do art. 215, da CF/1988, estabelecem que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e as de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, e que a Lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

O art. 216, da CF/1988, por sua vez, define a amplitude do conceito de patrimônio cultural como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Constituição, no entanto, deixou de prever expressamente, a exemplo do que se fixou no art. 214, da CF/1988, no que tange à educação, um plano nacional de cultura, situação essa agravada pela falta de prioridade dos governantes em relação a tão importante direito fundamental.

Durante a tramitação do projeto, o então Senador Hélio Costa lembra interessante frase do ex-Ministro da Cultura da França Jacques Lang: “as únicas coisas no mundo que deveriam ter subsídios governamentais são a cultura e a agricultura, porque os alimentos para a alma são tão necessários quanto os alimentos para o corpo” (DSF de 2005).

Ao comentar sobre a necessidade de um plano nacional de cultura, o Senador Marcelo Crivella sinalizou que se tratava “... de uma iniciativa do Governo Federal da maior relevância. Estamos sendo aculturados por potências estrangeiras hegemônicas, porque não temos ainda, neste País, um plano nacional que valorize a nossa cultura, que destine recursos suficientes e que organize desde os nossos sites antropológicos, onde estão a história dos nossos ancestrais, até mesmo uma organização consistente, um arcabouço completo da nossa cultura, das nossas festas, da nossa música, da nossa poesia, dos nossos

quadros, principalmente da nossa história, para que os brasileiros não cometam os erros do passado. O Plano Nacional de Cultura é fundamental tanto no seu conselho gestor como no seu fundo. É um momento importante em que o Congresso Nacional e o Senado Federal dão uma manifestação concisa, definitiva para que fique valorizada e preservada para as futuras gerações a cultura do nosso povo...” (DSF de 2005).

Na justificativa da proposição, estabelece-se, com propriedade, que a Cultura “... é um vetor indispensável do desenvolvimento socioeconômico de qualquer país. É ela, em última instância, o elemento definidor da identidade nacional em um mundo pretensamente “sem barreiras”, em virtude do processo de globalização” (DSF de 2003).

Nesse contexto, positivamente, o Congresso Nacional aprovou a EC nº 48/2005, prescrevendo que a Lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do Poder Público que conduzem à:

- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- produção, promoção e difusão de bens culturais;
- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- democratização do acesso aos bens de cultura;
- valorização da diversidade étnica e regional.

Segundo José Afonso da Silva, “o direito à cultura é um direito constitucional que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial. A ação cultural do Estado há de ser ação afirmativa que busque realizar a igualação dos socialmente desiguais, para que todos, igualmente, aufiram os benefícios da cultura”.[11]

Sem dúvida, portanto, a EC nº 48/2005 significa avanço em prol da efetivação desse importante valor constitucional e direito fundamental chamado cultura. Esperamos, apenas, que o plano nacional de cultura se efetive, encontrando o seu espaço e prioridade nos planos de governo, sem prejuízo do andamento das demais políticas públicas e implementação de outros tantos programas prometidos, como o da educação, o da erradicação da pobreza e, de modo geral, os direitos civis, políticos, sociais e econômicos. Resta, com esperança, aguardar e cobrar atitude positiva de nossos governantes, colocando em prática real e efetivamente o importante e necessário plano nacional de cultura.

19.4.2 Sistema Nacional de Cultura (EC nº 71/2012)

[11] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Com o objetivo de efetivar as políticas públicas envolvendo a cultura no Brasil, a EC nº 71/2012 previu mais um instrumento de aperfeiçoamento, assim como já se observara com a criação do Plano Nacional de Cultura (EC nº 48/2005).

Trata-se da instituição do denominado Sistema Nacional de Cultura, que será organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, estabelecendo-se um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

De acordo com o art. 216-A, § 1º, da CF/1988, o Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

- diversidade das expressões culturais;
- universalização do acesso aos bens e serviços culturais;
- fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;
- cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;
- integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;
- complementaridade nos papéis dos agentes culturais;
- transversalidade das políticas culturais;
- autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;
- transparência e compartilhamento das informações;
- democratização dos processos decisórios com participação e controle social;
- descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;
- ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

Caberá a Lei Federal dispor sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo, sendo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

19.5 Desporto

19.5.1 Desporto em sentido amplo

O desporto está previsto em sentido amplo no texto de 1988, não se restringindo somente ao esporte, mas englobando também a ideia de recreação, lazer, divertimento, uma

vez que o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social (art. 217, § 3º, da CF/1988).

Cabe lembrar, conforme já visto, que o lazer está arrolado no art. 6º, da CF/1988, como direito social, apresentando íntima relação com a ideia de qualidade de vida.[12]

Araujo e Nunes Júnior, ao discorrerem sobre o desporto, afirmam que "os direitos sociais objetivam a formação do ser humano integral: agente da sociedade, das relações de trabalho, construtor do mundo moderno e, ao mesmo tempo, um ser relacional, humano, que, desse modo, deve integrar sua vida com o lazer, o convívio familiar e a prática desportiva. Assim, o desporto, quer como forma de lazer, quer como parte da atividade educativa, quer ainda em caráter profissional, foi incorporado ao nosso sistema jurídico no patamar de norma constitucional".[13]

19.5.2 Modalidades de desporto

Nos termos do art. 217, caput, I ao IV, da CF/1988, bem como dos art. 1º e art. 3º, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé, que institui normas gerais sobre desporto e prevê outras providências), o desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

• desporto formal: regulado por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto;

• desporto não formal: caracterizado pela liberdade lúdica de seus praticantes. Lúdico, segundo o dicionário Aurélio, pode ser definido como referente a, ou que tem o caráter de jogos, brinquedos e divertimentos;[14]

• desporto educacional: praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando a seletividade e a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

• desporto de participação: chamado de amador, é aquele praticado de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente. O dever do Estado concerne à preservação de parques, áreas verdes, praias, lagos, com o objetivo de facilitar a prática desse desporto de lazer;

---

[12] Remontando à frase do poeta romano Juvenal (com o novo significado que tomou ao longo do tempo), amigo concurseiro, "*mens sana in corpore sano*" (mente sã em corpo são). Continue na luta, mas na luta estratégica, e tentando não perder a qualidade de vida, direito fundamental previsto na CF/1988 (sabemos que é difícil, mas conte conosco. *Carpe Diem* – desfrute o momento, procure encontrar prazer nessa fase de preparação, pois ela passará e tudo vai dar certo.).

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional.*

[14] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda: *Novo aurélio século XXI*

• desporto de rendimento: praticado segundo normas gerais, da Lei pelé e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. Trata-se do desporto de competição, podendo ser organizado e praticado de modo profissional ou não profissional, tendo a Constituição determinado o tratamento diferenciado entre um e outro (art. 217, III, da CF/1988);

• desporto de rendimento profissional: caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva, inclusive podendo a remuneração ser por meio de patrocínio;

• desporto de rendimento não profissional: identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, permitindo o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio.

19.5.3 Papel do Estado e das entidades dirigentes e associações na promoção do desporto

Ao Estado é atribuído o dever de fomentar as práticas desportivas formais e não formais (art. 217, caput, da CF/1988). Fomentar deve ser entendido com o significado de estimular, facilitar, desenvolver. Trata-se de direito (subjetivo) de cada um.

Se, por um lado, o papel do Estado é de fomento, por outro, o papel de prestação foi atribuído às entidades desportivas dirigentes e associações com autonomia para sua organização e funcionamento (art. 217, I, da CF/1988), significando importante desdobramento da regras contidas nos art. 5º, XVII, e art. 8º, da CF/1988.

19.5.4 Destinação dos recursos públicos para o desporto

A destinação de recursos públicos para a promoção do desporto deverá ser (art. 217, II, da CF/1988):

• prioritária: para o desporto educacional;

• em casos específicos: para o desporto de alto rendimento, nesse caso, lembrando que o desporto de alto rendimento pode ser classificado em profissional e não profissional e, ainda, na medida em que o tratamento entre eles deverá ser diferenciado (art. 217, III, da CF/1988), parece que *a priori*zação deve ser direcionada ao desporto não profissional.

Nesse contexto, vejamos a decisão do STF sobre o assunto: “1. É inconstitucional a Lei Complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. 2. O ato normativo

atacado faculta a vinculação de receita de impostos, vedada pelo art. 167, IV, da CF/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da vinculação do imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA, contida na LC nº 26/1997-DF" (ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006, DJ de 2006).

19.5.5 Manifestações desportivas de "criação nacional"

Assegura o art. 217, IV, da CF/1988, a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

Conforme anota José Afonso da Silva, criação nacional "... não significa que seja de invenção brasileira, mas que seja prática desportiva que já se tenha incorporado aos hábitos e costumes nacionais".[15]

19.5.6 Justiça Desportiva

19.5.6.1 Regras gerais, natureza jurídica e composição

Prevista no art. 217, § 1º e § 2º, da CF/1988, a Justiça Desportiva não integra o Poder Judiciário, portanto não está arrolada no art. 92, da CF/1988. Trata-se de órgão administrativo.

A Justiça Desportiva tem a atribuição de julgar, exclusivamente, as questões relacionadas à disciplina e às competições desportivas.

Nos termos do art. 50, caput, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), na redação dada pela Lei nº 12.395/2011, a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituírem seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições.

Compete às entidades de administração do desporto (federação e confederação) promover o custeio do funcionamento dos órgãos da Justiça Desportiva que atuem junto a si (art. 50, § 4º, da Lei Pelé).

Quanto aos órgãos integrantes da Justiça Desportiva, estabelece o art. 52, da Lei pelé que são autônomos e independentes das referidas entidades de administração do desporto de cada sistema, compondo-se de:

• Superior Tribunal de Justiça Desportiva: funcionando junto às entidades nacionais de administração do desporto;

---

[15] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

• Tribunais de Justiça Desportiva: funcionando junto às entidades regionais da administração do desporto;

• Comissões Disciplinares: com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva.

19.5.6.2 Instância administrativa de curso forçado: Exceção ao princípio do acesso incondicionado ao Poder Judiciário. Necessidade de esgotamento das vias administrativas

A Constituição instituiu verdadeira condição de procedibilidade para a apreciação jurisdicional das questões relativas à disciplina e às competições desportivas, uma vez que o Poder Judiciário só admitirá ações de tal natureza após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva, que terá prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo administrativo, para proferir decisão final.

Trata-se da instauração da denominada instância administrativa de curso forçado. Findo tal prazo, "abrem-se as portas" para o Poder Judiciário, mesmo que o julgamento pela Justiça Desportiva ainda não tenha terminado.

Indagação importante que se coloca é se o Poder Judiciário pode apreciar qualquer questão antes de se instaurar o processo administrativo ou durante os 60 primeiros dias contados de sua instauração.

De modo geral, o constituinte originário estabeleceu expressa exceção ao princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF/1988), não podendo o Judiciário apreciar nenhuma questão relacionada à disciplina e às competições desportivas antes de se instaurar o processo administrativo ou, uma vez iniciado o julgamento administrativo, durante os 60 primeiros dias contados de sua instauração.

Entretanto, inaugurado o processo administrativo, parece-nos perfeitamente possível o Judiciário analisar questões relacionadas à legalidade ou à constitucionalidade, ou seja, se alguma regra procedimental ou de direito constitucional está sendo violada pela Justiça Desportiva. O mérito do julgamento, contudo, está restrito a uma análise inicial e dentro do prazo de 60 dias a contar da instauração do processo na Justiça Desportiva.

O objetivo da regra é evitar tumulto durante determinada competição desportiva.

19.5.6.3 Questões trabalhistas: competência da Justiça do Trabalho

Como se verificou, a competência da Justiça Desportiva, que não integra o Poder Judiciário e, assim, instaura o processo em inegável contencioso administrativo, é somente para as questões relativas à disciplina e às competições desportivas.

Portanto, a competência para apreciar e julgar questões trabalhistas que decorram do contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva (desporto profissional) será da Justiça do Trabalho.[16]

A nova regra fixada pelos art. 114, I, e art. 217, § 1º, da CF/1988 e pelo art. 50, caput da Lei nº 9.615/1998 prevalece sobre a regra anterior, prevista na CF/1967 e no art. 29 da revogada Lei nº 6.354/1976, que exigia o prévio esgotamento das vias administrativas, pela Justiça Desportiva, antes de se ingressar com a demanda na Justiça do Trabalho para tratar de causas oriundas da relação de trabalho.

O citado art. 50, da Lei nº 9.615/1998, na redação dada pela Lei nº 12.395/2011, como visto, estabelece que a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva limitam-se, exclusivamente, ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, conforme delimitação pelos Códigos de Justiça Desportiva.

19.5.6.4 Vedação do exercício de funções na Justiça Desportiva por integrantes do Poder Judiciário

A Res. nº 10/2005-CNJ, considerando que os integrantes do Poder Judiciário estão submetidos ao art. 95, parágrafo único, I, da CF/1988 (que veda aos juízes, ainda que em disponibilidade, o exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério), e, ainda, de acordo com o regime disciplinar estipulado nos art. 35 e seguintes, da LC nº 35/1979 (LOMAN), vedou o exercício, pelos integrantes do Poder Judiciário, de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares.

Referida resolução determinou aos membros do Poder Judiciário que exerciam funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares que se desligassem dos respectivos órgãos até 2005.

Segundo noticiado, de acordo com o então Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, em 2005 eram cerca de 100 magistrados que atuavam na Justiça Desportiva: “Para o ministro, não é permitido ao desembargador o exercício de cargo de direção ou cargo técnico de sociedade civil, associação ou fundação de qualquer natureza ou finalidade. Essa, como argumentou em seu voto, é a forma que a sociedade encontrou de

[16] Cf. TST-RR-643.344/2000, Min. Relator Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª T., DJ de 2003; TST-AIRR-738.470/2001, Min. Relator Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª T., DJ de 2001; TST-AIRR-1562/1998-065-01-40.8, Min. Relator Renato de Lacerda Paiva, 2ª T. , DJ de 2007; AIRR-448/2002-011-09-40, Min. Barros Levenhagen, DJ de 2007.

assegurar a independência e o cumprimento, pelo magistrado, de seus deveres e funções, com presteza, correção e pontualidade" (Notícias STF, 2005).

Contra a Res. nº 10/2005-CNJ foi impetrado o MS 25.938, buscando torná-la "sem efeito" para os impetrantes. A liminar foi indeferida, e a PGR opinou pela extinção do mandado de segurança, sem julgamento de mérito, com base na Súmula 266 do STF.

Entendemos que agiu corretamente o CNJ ao proibir que os juízes de direito integrem os quadros da Justiça Desportiva. De um lado, em face da explícita vedação contida no art. 95, parágrafo único, I, da CF/1988, de outro, diante da ideia de efetividade e eficiência na prestação jurisdicional, como determina o art. 5º, LXXVIII, da CF/1988 (EC nº 45/2004).

Seguindo essa tendência, declarou o STF constitucional a Res. nº 10/2005-CNJ e, portanto, a proibição do exercício de funções pelos magistrados no TJD e em suas Comissões Disciplinares (MS 25.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2008, DJE de 2008).

19.5.7 Bingos

Os bingos foram previstos, entre outras normas, pela Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé). Por sua vez, a Lei nº 9.981/2000 revogou a autorização de bingos a partir de 2001. Assim, todas as casas de bingos deixaram de ter autorização legal para continuar em funcionamento.

Em razão dessa realidade, muitas leis estaduais passaram a disciplinar o assunto. Entendeu o STF, contudo, que é competência privativa da União legislar sobre bingos, nos termos do art. 22, XX, da CF/1988, que dispõe sobre sistemas de consórcios e sorteios. Para o STF, a expressão sorteios abrange os jogos de azar, loterias e similares, e, assim, os Estados-Membros, o DF e os Municípios não poderiam legislar sobre bingos, ainda que de maneira concorrente. Todas as casas de bingo perderam o sustentáculo legal para continuar abertas, e, até que a União legisle sobre o assunto, a tendência é o fechamento daquelas que estiverem funcionando exclusivamente com base em Lei Estadual, distrital ou municipal.

Nesse sentido, o STF editou a SV 2/STF: "É inconstitucional a Lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias" (Sessão Plenária de 2007).

19.6 Ciência, Tecnologia e Inovação (EC nº 85/2015)

19.6.1 Perspectivas introduzidas pela EC nº 85/2015

A EC nº 85/2015, reforça a necessidade de valorização da ciência, da tecnologia e da inovação, com destaque para essa última.

A sua origem se deu em razão dos estudos e debates que surgiram durante a discussão, na Comissão Especial, para a apreciação do PL nº 2.177/2011-CD, que propõe a criação do Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País.

A introdução da palavra "inovação" abre perspectivas importantes para o aperfeiçoamento no ambiente econômico, buscando novos produtos, processos, serviços e soluções e, assim, uma arrancada em nome da prosperidade, popularizando e incentivando a ciência.

A alteração da Constituição traz importantes avanços, destacando-se:

• ampliação das entidades que poderão receber apoio financeiro do Poder Público (art. 213, § 2º, da CF/1988);

• incentivo à cooperação entre órgãos dos setores público e privado, estimulando o intercâmbio de conhecimentos, inclusive com atuação no exterior;

• facilitação para o remanejamento de recursos financeiros por ato do próprio Poder Executivo, sem a necessidade da prévia autorização legislativa (art. 167, § 5º, da CF/1988);

• ciência, tecnologia, pesquisa e inovação são atribuições de todos os entes federativos, que deverão implementá-las de modo cooperativo, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, V, da CF/1988).

19.6.2 O papel do Estado

Acompanhando a tendência (e necessidade) mundial, o art. 218, caput, da CF/1988, na redação dada pela EC nº 85/2015, estabelece que o Estado promoverá e incentivará:

• o desenvolvimento científico;

• a pesquisa;

• as capacitações científica e tecnológica;

• a inovação.

Promover deve ser entendido como o dever do Estado de, por si, realizar as tarefas derivadas da ciência, da tecnologia e da inovação, destacando-se aqui o papel das Universidades, instituições de educação profissional e tecnológica e institutos de pesquisa.

Para esse fim, em 1985, foi criado, pelo Decreto nº 91.146/1985, o Ministério da Ciência e Tecnologia, posteriormente melhor denominado Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), órgão da administração direta, que tem como área de competência os seguintes assuntos, nos termos do art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 5.886/2006:

• política nacional de pesquisa científica, tecnológica e inovação;

• planejamento, coordenação, supervisão e controle das atividades da ciência e tecnologia;

• política de desenvolvimento de informática e automação;

• política nacional de biossegurança;

• política espacial;

• política nuclear; e

• controle da exportação de bens e serviços sensíveis.

Incentivar, por sua vez, significa que o Estado deverá estimular a produção científica, a pesquisa, as capacitações científica e tecnológica, a inovação, e, para tanto, deverá estabelecer incentivos, inclusive para as instituições privadas.

19.6.3 Modalidades de pesquisa e o tratamento prioritário do Estado

O art. 218, § 1º e § 2º, da CF/1988, prevê duas espécies de pesquisa: a pesquisa científica básica e a pesquisa tecnológica. Com a inovação introduzida pela EC nº 85/2015, não apenas a pesquisa científica básica, mas, agora, também, a tecnológica, receberão tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

De acordo com o art. 218, § 2º, da CF/1988, a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

19.6.4 Apoio e incentivo do Estado

O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá, aos que delas se ocupem, meios e condições especiais de trabalho (EC nº 85/2015).

Como desdobramento dessa política de incentivos, determina o art. 218, § 4º, da CF/1988, que a lei[17] apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Nessa linha de apoio e incentivo, e para a capacitação tecnológica, excepcionando a regra geral do art. 167, IV, da CF/1988, o art. 218, § 5º, da CF/1988, faculta aos Estados e ao Distrito Federal (e o constituinte não estendeu essa faculdade aos Municípios e à União)

[17] Cf. Lei nº 8.248/1991, Lei nº 8.387/1991, Lei nº 9.257/1996, Lei nº 8.661/1993 e Lei nº 10.637/2002; Decreto nº 6.262/2007 etc.

vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.[18]

O Estado estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. Dessa forma, as atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público (art. 213, § 2º, da CF/1988).

Destacamos essa importante novidade introduzida pela EC nº 85/2015 que estendeu e ampliou para outras entidades a possibilidade de apoio financeiro do Poder Público, não mais restrito às atividades universitárias de pesquisa e extensão.

Nessa linha, o art. 167, § 5º, da CF/1988, introduzido pela EC nº 85/2015, trazendo maior liberdade, estabelece que a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no art. 167, VI, da CF/1988,.

Ainda, o Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades ligadas a ciência, tecnologia e inovação.

Apesar de toda essa perspectiva trazida pela EC nº 85/2015, não podemos deixar de destacar o importante papel que já vem sendo desempenhado pelo CNPq, FAPESP e tantos outros órgãos e instituições de fomento e que, certamente, poderão implementar as suas atividades.

19.6.5 Estado Social de Direito: Concepção social do mercado

O art. 219, da CF/1988 estatui que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de Lei Federal.

A previsão do mercado interno enquanto patrimônio nacional afasta, assim, a ideia liberal clássica e consagra uma perspectiva de Estado Social de Direito, fixando uma concepção social do mercado.

O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a Constituição e a manutenção de parques e

[18] Cf. interessante julgado do STF: "Dispositivo da Constituição Estadual que, ao destinar 2% da receita tributária do Estado de Mato Grosso à mencionada entidade de fomento científico, o fez nos limites do art. 218, § 5º, da CF/1988, o que evidencia a improcedência da ação nesse ponto" (ADI 550, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2002, DJ de 2002).

polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Nessa linha, a EC nº 85/2015 trouxe importantes novidades ao explicitar a ideia de cooperação e colaboração:

• cooperação: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não, assumida pelo ente beneficiário, na forma, da Lei;

• colaboração: o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

19.6.6 O destaque para a biotecnologia

Ligada à tecnologia está a biotecnologia e todo o seu desdobramento, como a pesquisa com células-tronco embrionárias, a criação de organismos vivos ou geneticamente modificados, a clonagem (reprodutiva ou terapêutica), que deverá estar intimamente ligada à ética.

Na linha do que Norberto Bobbio chamou de direitos fundamentais de 4ª geração (ou dimensão) (cf. Item 14.2 deste estudo), destacamos o julgamento da ADI 3.510,[19] declarando o STF a constitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) no tocante à pesquisa com células-tronco embrionárias (cf. item 14.10.1).

19.7 Comunicação Social

O capítulo da comunicação social aparece com destaque no texto de 1988 (regulado, pela primeira vez, em capítulo específico e autônomo), marcando um momento histórico, qual seja, a redemocratização do País após mais de 20 anos de ditadura, com fortes restrições às liberdades democráticas e de imprensa.

Resgatamos a redação dada ao art. 399 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que, embora não aprovado, parece orientar a interpretação do Título VIII, Capítulo V, da CF/1988, colaborando para o conceito de comunicação social: "o sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo à sua função

[19] ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2008, Inf. 508/STF

social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade".

Considerando a liberdade de comunicação, o pensamento e as informações podem ser exteriorizados por diferentes meios de comunicação, como, entre outros, o veículo impresso (livros, jornais, periódicos) ou o de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Conforme veremos, nos termos do art. 220, § 6º, da CF/1988, a publicação em veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Já os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens serão explorados diretamente pela União, ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, "a" e art. 223, da CF/1988).

Focaremos a análise nos veículos impressos e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Porém, é natural que se entenda que a previsão constitucional da comunicação social é concernente à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, lembrando que as únicas restrições que poderão sofrer vêm contidas na Constituição.

Assim, a liberdade de comunicação social se implementa, como já se disse, por qualquer forma, tais como o jornal, a revista, o periódico, o rádio, a TV, o fax, o telefone, a Internet, shows, teatro etc.

Não se trata de liberdade irresponsável, visto que, enfatize-se, a comunicação social não sofrerá limitação, exceto, naturalmente, aquelas previstas na própria Constituição e que serão estudadas neste capítulo.

19.7.1 Princípios orientadores da comunicação social

As diversas formas de comunicação social regem-se pelos seguintes princípios:

• inexistência de restrição: a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão restrição, observado o disposto na Constituição (liberdade de comunicação social). Isso significa, como já se disse, que só poderão ser restringidas nos termos e limites fixados na Constituição;

• plena liberdade de informação jornalística: nenhuma Lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, da CF/1988, (liberdade de pensamento, vedado o anonimato), art. 5º, V, da CF/1988, (direito de resposta proporcional ao agravo e indenização por dano material, moral ou à imagem), art. 5º, IX, da CF/1988, (proibição da censura), art. 5º, X, da CF/1988, (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando-se o direito à indenização), art. 5º, XIII, da CF/1988,

(liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão) e art. 5º, XIV, da CF/1988, (liberdade de informar e ser informado).

Em interessante discussão, o MPF ajuizou ação civil pública perante a União, com a finalidade de extinguir a exigência de registro ou de inscrição no Ministério do Trabalho para o exercício da profissão de jornalista.

O juiz da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo/Capital julgou parcialmente procedente o pedido e determinou que, em todo o País, não mais se exigisse o diploma de jornalismo para o exercício da profissão. Referida decisão foi reformada pela 4ª Turma do TRF-3. Diante desse fato, o MPF interpôs recurso extraordinário sustentando que o DL nº 972/1969, que estabelece requisitos para o exercício da profissão de jornalista, não teria sido recepcionado, especialmente diante da regra dos art. 5º, XIII, e art. 220, caput e § 1º, da CF/1988, portanto foi revogado.

Buscando dar efeito suspensivo ao referido RE, o MPF ajuizou ação cautelar (AC 1.406) com o objetivo de "garantir efetividade ao recurso extraordinário interposto e evitar a ocorrência de graves prejuízos àqueles indivíduos que estavam a exercer a atividade jornalística, independentemente de registro no Ministério do Trabalho ou de diploma de curso superior específico". O Min. Relator, Gilmar Mendes, deferiu a medida cautelar, que foi referendada pelo Plenário, dando efeito suspensivo ao RE 511.961 e, assim, permitindo que qualquer pessoa desempenhe a atividade de jornalista sem a necessidade de apresentação do diploma.

Em 2009, por 8 x 1, o STF derrubou a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista, sustentando tratar-se de profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. Em outras palavras, "o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada" (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).

Resta observar que tramita no Senado Federal a PEC nº 33/2009, que, com algumas ressalvas, passa a exigir o diploma de jornalista (matéria pendente). Assim, no momento, da Leitura, checar se referida PEC foi aprovada.

• Vedação à censura: é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (cf., ainda, art. 5º, IX, da CF/1988).

• Regulação estatal sobre as diversões e espetáculos: compete à Lei Federal[20] regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza destes,

[20] "Não se compreende, no rol de competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 23, da CF/1988, a matéria concernente à disciplina de "diversões e espetáculos públicos", que, a teor do art. 220, § 3º, I, da CF/1988, compete à Lei Federal regular, estipulando-se, na mesma norma, que "caberá ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada". (...) Ao Município fica reservada a competência, conforme art. 30, I, da CF/1988, para exercer poder de polícia quanto às diversões

as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada, estabelecendo-se, ainda, mecanismos de controle de defesa pessoal e familiar de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, da CF/1988, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, I e II, e art. 21, XVI, da CF/1988).

Sobre esse importante assunto, o STF analisou a constitucionalidade do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que caracteriza como infração administrativa a transmissão, por meio de rádio ou televisão, de espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação, estabelecendo pena de multa, podendo, ainda, em caso de reincidência, a autoridade judiciária determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Em 2016, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado na ADI 2.404 para declarar a inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado", contida no referido art. 254, da Lei nº 8.069/1990. Dessa forma, assegurou-se liberdade para se definir a programação a ser exibida, havendo, contudo, a obrigatoriedade de se divulgar a classificação indicativa realizada pelo Poder Público.

• Regulação estatal em relação ao tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias: a propaganda comercial sobre esses produtos estará sujeita a restrições legais, nos termos do art. 220, § 3º, II, da CF/1988, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (cf. Lei nº 9.294/1996).[21]

• Vedação de monopólio ou oligopólio na comunicação social: os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (cf. art. 173, § 4º, da CF/1988), assegurando-se, assim, a multiplicidade de agentes de informação e, portanto, o acesso mais igualitário à informação.

• Publicação de veículo impresso de comunicação: independe de licença de autoridade.

• Produção e programação das emissoras de rádio e TV: sofrerão controle de qualidade por parte do Estado, devendo respeitar a cultura nacional e regional, bem como os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

• Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens: privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas

---

públicas, no que concerne à localização e autorização de funcionamento de estabelecimentos que se destinem a esse fim" (RE 169.247, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 2002, DJ de 2003).

[21] "Constitucional. Lei Federal. Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, etc. Impugnação do dispositivo que define o que é bebida alcoólica para os fins de propaganda. Alegada discriminação legal quanto às bebidas com teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac. A subtração da norma do corpo, da Lei implica em atuar este Tribunal como legislador positivo, o que lhe é vedado. Matéria para ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional" (ADI 1.755, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 1998, DJ de 2001).

constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, observando-se as regras do art. 222, da CF/1988, (cf. item 19.7.3).

• Serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens: compete ao Poder Executivo outorgar e renovar a sua concessão, permissão e autorização, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal e havendo, ainda, controle pelo Congresso Nacional (art. 223, § 1º ao § 5º, da CF/1988).

19.7.2 Princípios a orientar a produção e a programação das emissoras de rádio e TV

A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios (art. 221, da CF/1988):

• preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

• promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

• regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

• respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

19.7.3 Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

Segundo a redação original do art. 222, da CF/1988 antes da reforma trazida pela EC nº 36/2002, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens era, por regra geral, privativa de pessoas físicas (brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos), vedando-se a participação de pessoa jurídica no capital social da empresa. Excepcionalmente, sem qualquer direito a voto e limitada a 30% do capital social, permitia-se a participação de partido político e de sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente a brasileiros.

De acordo com a nova redação conferida ao art. 222, caput, da CF/1988, pela EC nº 36/2002, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa:

• de brasileiros natos; ou

• de brasileiros naturalizados há mais de dez anos; ou

• de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

O art. 222, § 1º, da CF/1988, inovando, dispôs que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

deverá pertencer, direta ou indiretamente (nesse caso por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País), a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

Dessa forma, como anotou o então Senador Romeu Tuma na complementação do Parecer nº 242/2002 da CCJ (análise da emenda de redação nº 3), pela regra estão "... abrangidos o volume de ações com direito a voto (ordinárias) e o volume de ações sem direito a voto (preferenciais)".[22]

A participação de capital estrangeiro, de acordo com o art. 222, § 4º, da CF/1988, será disciplinada por lei. Conferindo eficácia a esse dispositivo constitucional, o art. 2º, caput, da Lei nº 10.610/2002 (fruto da conversão da MP nº 70/2002 e conhecida como Lei do Capital Estrangeiro), estabeleceu que a participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a 30% do capital total e do capital votante dessas empresas, e somente ocorrerá de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País.

Nesse contexto, ao permitir a participação das pessoas jurídicas no capital social, inclusive de capital estrangeiro, dentro dos limites fixados, a nova regra, rompendo com a estrutura familiar reinante, atende às necessidades de capitalização das empresas, especialmente no atual momento de crise do setor, que necessita, cada vez mais, de investimentos expressivos em tecnologias altamente sofisticadas (por exemplo, a TV digital).

Garantindo a proposta de "alteração controlada" e a cultura nacional, o art. 222, § 2º, da CF/1988, determina que a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social, sendo nulo de pleno direito, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 10.610/2002, qualquer acordo, ato, contrato ou outra forma de avença que, direta ou indiretamente, de direito ou de fato, atente contra a regra constitucional.

De acordo com o art. 222, § 3º, da CF/1988, os meios de comunicação social eletrônica (radiodifusão sonora e de sons e imagens), independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, da CF/1988, na forma de Lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

---

[22] Cf. Parecer nº 242/2002 da CCJ, DSF de 2002. Na votação em primeiro turno, o então Senador José Fogaça, autor da referida ER nº 3, destacou: "... no que tange ao capital social da empresa, há uma necessidade de respeitar os 70% para o capital de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, assegurando que este mínimo seja absoluta e rigorosamente respeitado" (DSF de 2002).

Nessa política, toda alteração de controle acionário das empresas (ver art. 222, § 1º, da CF/1988) deverá ser comunicada ao Congresso Nacional. O art. 3º, paragrafo único, da Lei nº 10.610/2002 dispõe que a comunicação ao Congresso Nacional de alteração de controle societário de empresas de radiodifusão será de responsabilidade do órgão competente do Poder Executivo, e a comunicação de alterações de controle societário de empresas jornalísticas será de responsabilidade dessas empresas.

19.7.4 Serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV)

19.7.4.1 Diferenciação entre os serviços de telecomunicação e de radiodifusão (EC nº 8/1995)

Não se pode imaginar um país sem avanços no campo da telecomunicação, a qual, para evitar o caos, precisa de regramento, seja no plano interno, seja no internacional.

Nos termos do art. 4º, do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), aprovado pela Lei nº 4.117/1962, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia, por sua vez, é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

A redação original, da Constituição Federal, em seu art. 21, XI e XII, "a", da CF/1988, dava tratamento idêntico aos serviços de telecomunicação e de radiodifusão, estes últimos considerados espécies do gênero telecomunicação.

A EC nº 8/1995, objetivando a privatização dos serviços de telefonia e transmissão de dados, então explorados pela TELEBRÁS e pela EMBRATEL, alterou a redação dada ao art. 21, XI e XII, "a", da CF/1988, diferenciando os serviços de telecomunicação dos de radiodifusão.

REDAÇÃO ORIGINAL DO TEXTO DE 1988	**REDAÇÃO CONFERIDA PELA** EC nº **8/1995**
Art. 21. Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou	Art. 21. Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos, da Lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;	

Em razão da nova regra, foi editada a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação e funcionamento de um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Por sua vez, os serviços de radiodifusão continuam sob a administração do Poder Executivo (Ministério das Comunicações) e regulados pela Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT).[23]

Nos termos do art. 6º, "d", do CBT, os serviços de radiodifusão, destinados a serem recebidos direta e livremente (e também gratuitamente) pelo público em geral, compreendem os de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV).[24] Trata-se da denominada "comunicação eletrônica", que deve ter finalidade educativa, artística, cultural e informativa, sendo considerada de interesse nacional.

Por fim, destacamos o Decreto nº 5.820/2006, que dispõe sobre a implantação do SBTVD-T,[25] estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, entre outras providências.

O período de transição do sistema de transmissão analógica para o digital foi fixado, nos termos do art. 10 do Decreto nº 5.820/2006, em 10 anos, contados a partir de sua publicação (DOU de 2006).

19.7.4.2 Concessão, permissão e autorização

O art. 223, caput, da CF/1988, reforça a regra fixada no art. 21, XII, "a", da CF/1988, e estabelece, conforme já visto, que cabe ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (TV), observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

A outorga para a prestação dos serviços de radiodifusão poderá ser estabelecida em caráter comercial, educativo ou comunitário (neste caso atendendo somente determinada comunidade de bairro e/ou vila).

Conforme ressalta José Afonso da Silva, "... no caso da concessão, o ato de outorga e de sua renovação se efetiva por meio de um contrato administrativo, pelo qual o serviço de

---

[23] Nos termos do art. 211, da Lei nº 9.472/1997, a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da ANATEL, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, considerando, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

[24] O serviço de TV a Cabo tem regramento próprio nos termos, da Lei nº 8.977/1995.

[25] Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – conjunto de padrões tecnológicos a serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais terrestres de radiodifusão de sons e imagens.

radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, é delegado pelo Presidente da República em nome da União (concedente) a uma pessoa jurídica (concessionária), que o executará em seu próprio nome, por sua conta e risco, por prazo determinado. A permissão, que também se realiza por um contrato de natureza precária, é o meio pelo qual o Presidente da República outorga a uma pessoa física ou jurídica o serviço de radiodifusão limitado ao serviço de radioamador [...] e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial [...]. A autorização também é ato unilateral e precário pelo qual o Presidente da República outorga os serviços de radiodifusão de caráter local. As concessões, permissões e autorizações não têm caráter de exclusividade e se restringem, quando envolvem a utilização de radiofrequência, ao respectivo uso, sem limitação do direito, que assiste à União, de executar diretamente serviço idêntico".[26]

19.7.4.3 Prazo da concessão ou permissão e da autorização

O prazo da concessão ou permissão será de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 anos para as de televisão, podendo ser renovado por igual período e desde que cumpridos os preceitos fixados nas leis do setor (art. 223, § 5º, da CF/1988,).

A autorização, por seu turno, na medida em que se trata de ato unilateral e precário, não se submete a prazo, podendo ser cancelada unilateralmente e a qualquer tempo.

19.7.4.4 Outorga e renovação (da concessão ou permissão e da autorização)

Como vimos, o ato de outorga (inicial) ou renovação (para quem já é titular) de concessão, permissão ou autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é de competência do Poder Executivo.

• Concessão ou permissão: para a outorga, verifica-se tanto um controle prévio, já que o ato de outorga pelo Presidente da República dependerá de anterior escolha por meio de procedimento licitatório, como, ainda, um controle posterior e sucessivo, pelo Congresso Nacional (art. 223, § 1º ao § 5º, da CF/1988,).[27]

---

[26] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[27] Conforme se verifica no site do Ministério das Comunicações (no ícone radiodifusão – perguntas frequentes), no tocante à radiodifusão comercial, "há 2 modos de conceder a outorga de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão): permissão e concessão. A permissão é utilizada para a outorga de serviço de radiodifusão de caráter local e é assinada pelo Ministro das Comunicações. Já a concessão é utilizada para a outorga de serviços de caráter regional e é de responsabilidade do Presidente da República". Como muito bem anotam Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky, "... nossa melhor doutrina tem entendido que as diferenças entre permissões e concessões não mais existiriam na medida em que ao prever expressamente prazos para as permissões a Constituição retirou-lhes o caráter de precariedade que lhes é característico". Essa impressão, continuam, é reforçada pelo art. 175, parágrafo único, da CF/1988, que estabelece o caráter especial das

Assim, para a concessão ou permissão, o Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, da CF/1988, a contar do recebimento da mensagem, uma vez que o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional.

O titular de contrato administrativo de concessão ou permissão tem direito à renovação. Trata-se de direito condicionado, visto que, consoante o art. 67, parágrafo único, da Lei nº 4.117/1962, o direito à renovação decorre do cumprimento pela empresa de seu contrato de concessão ou permissão, das exigências legais e regulamentares, bem como das finalidades educacionais, culturais e morais a que se obrigou, e de persistirem a possibilidade técnica e o interesse público em sua existência.

A garantia do direito à renovação materializa-se no art. 223, § 2º, da CF/1988, ao estabelecer que a não renovação da concessão ou permissão dependerá da aprovação de, no mínimo, 2/5 do Congresso Nacional, em votação nominal.

De acordo com o art. 4º, da Lei nº 5.785/1972, na redação dada pela Lei nº 13.424/2017, as entidades que desejarem a renovação do prazo de concessão ou permissão de serviços de radiodifusão deverão dirigir requerimento ao órgão competente do Poder Executivo durante os 12 meses anteriores ao término do respectivo prazo da outorga.

Caso expire a outorga de radiodifusão sem decisão sobre o pedido de renovação, o serviço será mantido em funcionamento em caráter precário, destacando-se que as entidades com o serviço em funcionamento em caráter precário mantêm as mesmas condições dele decorrentes.

As entidades que não apresentarem pedido de renovação no prazo indicado serão notificadas pelo órgão competente do Poder Executivo para que se manifestem no prazo de 90 dias, contado da data da notificação.

Na hipótese de não serem observadas as exigências legais e regulamentares afetas à renovação, o órgão competente do Poder Executivo manifestar-se-á pela perempção e submetê-la-á ao Congresso Nacional, na forma estabelecida no art. 223, § 2º, da CF/1988, e com as suas formalidades.

Reforçando as garantias, o cancelamento da concessão ou permissão, antes do vencimento do prazo, dependerá de decisão judicial, assegurando, assim, a liberdade de imprensa e evitando, por consequência, perseguição ou pressão políticas.

• Autorização: na medida em que o art. 223, § 3º, da CF/1988, não se refere ao ato de autorização, segundo argumenta José Afonso da Silva, a sua outorga, "... dado seu caráter precário e seu objeto de pequena monta", não está sujeita ao controle pelo Congresso

---

empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, precedido, acrescente-se, sempre de licitação (MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso: *Curso de direito constitucional*).

Nacional. Tanto é assim, que, conforme visto, a autorização, por ser ato unilateral e precário, não se submete a prazo, podendo ser cassada a qualquer momento.

Nesse sentido, o STF, ao analisar pedido de autorização para a distribuição de sinal de televisão por cabo (TV a cabo), entendeu que a autorização (veja, não é concessão nem permissão) é ato precário e, assim, está sujeita à discricionariedade da Administração Pública: "Pedido de autorização para operar distribuição de sinais de televisão a cabo. Supremacia do interesse público sobre o privado. Autorização. Ato de natureza precária. Necessidade de preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos (conveniência e oportunidade). Ausência de direito subjetivo da recorrente" (RMS 22.665, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 2006, DJ de 2006).

19.7.4.5 Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTVD-T): consignação de mais um canal de radiofrequência às concessionárias e "autorizadas" dos serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens, sem apreciação do Congresso Nacional

O Decreto nº 5.820/2006 dispôs sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTVD-T, além de estabelecer diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão.

Questão polêmica surgiu em razão de haver o Presidente da República consignado mais um canal para as concessionárias e "autorizadas", sem o controle político pelo Congresso Nacional, como determina o art. 223, da CF/1988 (art. 7º, do Decreto nº 5.820/2006).

O STF, em importante decisão, reconheceu que não haveria nenhuma afronta à Constituição, pois, no caso, não se tratava de nova concessão, mas apenas de uso "dobrado" dos canais para que fosse possível a transição entre os dois sistemas.

Esclareceu o Min. Ayres Britto que, "[...] diante da evolução tecnológica, e para a instituição no país da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, sem interrupção da transmissão de sinais analógicos, fez-se imprescindível a consignação temporária de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Isso para que veiculassem, simultaneamente, a mesma programação nas tecnologias analógica e digital. Tratou-se de um ato do Presidente da República com o objetivo de manter um serviço público adequado, tanto no que se refere à sua atualidade quanto no tocante à sua continuidade. Ato por isso mesmo serviente do princípio constitucional da eficiência no âmbito da Administração Pública. 5. A televisão digital, comparativamente com a TV

analógica, não consiste em novo serviço público. Cuida-se da mesma transmissão de sons e imagens por meio de ondas radioelétricas. Transmissão que passa a ser digitalizada e a comportar avanços tecnológicos, mas sem perda de identidade jurídica. Os dispositivos impugnados na ação direta não autorizam, explícita ou implicitamente, o uso de canais complementares ou adicionais para a prática da multiprogramação, pois objetivam, em verdade, "permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos" (art. 7º, caput, do Decreto nº 5.820/2006)".[28]

19.7.5 Conselho de Comunicação Social: Órgão auxiliar do CN

O art. 224, da CF/1988, decorrente do art. 403 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, estabeleceu que o Congresso Nacional instituiria, como órgão auxiliar das questões referentes à comunicação social, e na forma, da Lei, o Conselho de Comunicação Social.

Regulamentando o art. 224, a Lei nº 8.389/1991, fixou que o Conselho seria eleito em até 60 dias após a sua publicação e instalado em até 30 dias após a eleição do referido Conselho.

Com atraso de mais de 10 anos, em 2002, foram eleitos os 13 membros do Conselho (8 representantes ligados à comunicação social e 5 da sociedade civil – ver art. 4º, da Lei nº 8.389/1991), órgão não deliberativo, que tem a atribuição de auxiliar o Congresso Nacional, realizando estudos, pareceres e outras recomendações que lhe forem encaminhadas sobre as matérias relacionadas à comunicação social, buscando, por consequência, garantir o cumprimento da função social de toda empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

19.7.6 Direito de antena e a EC nº 97/2017

A previsão da comunicação social, sem dúvida, assegura o denominado direito de antena.

Segundo Bulos, na Espanha e na Alemanha o direito de antena seria a prerrogativa que as empresas de comunicação têm para poder funcionar e difundir a comunicação. Em Portugal, é o direito de resposta e réplica política. "No Brasil, direito de antena é a possibilidade de captar ou transmitir informações por meio de ondas mecânicas ou eletromagnéticas. Por meio de ondas mecânicas, a comunicação se propaga diretamente pelo ar, como no caso dos alto-falantes, colocados nos locais de uso comum do povo (praças, bairros e centros comunitários etc.). Já por intermédio das ondas eletromagnéticas, o ato de comunicar adquire dimensões elevadas, pois ocorre a junção de um componente elétrico com

[28] Cf. ADI 3.944, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2010, DJE de 2010.

outro magnético, conduzindo muita informação ao mesmo tempo (rádios, televisões). A Constituição de 1988 consagrou normas relacionadas diretamente ao direito de antena".[29]

Assim, exemplificando, o direito assegurado aos partidos políticos de acesso gratuito ao rádio e à televisão na forma, da Lei (art. 17, § 3º, Lei nº 8.389/1991) pode ser qualificado como uma das facetas do direito de antena, lembrando que a EC nº 97/2017 estabeleceu rígidos requisitos para o seu exercício, seguindo a tendência estabelecida pela minirreforma eleitoral (Lei nº 13.165/2015), tida pelo STF como constitucional no julgamento da ADI 5.491 (cf. item 18.3).

19.7.7 Lei de Imprensa – ADPF 130

Cabe anotar que, no julgamento da ADPF 130, por maioria, em 2009, o STF declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) é incompatível com a atual ordem constitucional, tendo, portanto, sido revogada pelo novo ordenamento. Nesse sentido:

"A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O art. 220, §5º, da CF/1988, apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (art. 220, § 5º, da CF/1988). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa"" (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2009, Plenário, DJE de 2009).

19.7.8 "Lei Eleitoral sobre o Humor" e a problemática das "fake news"

O art. 45, II e III, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) estabeleceu que, a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

---

[29] BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*.

• usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

• veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

O art. 45, § 4º, da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, conceitua trucagem como "todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação".

Por sua vez, o art. 45, § 5º, da Lei nº 9.504/1997, também introduzido pela Lei nº 12.034/2009, estatui que a montagem é "toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação".

A questão foi posta no STF na ADI 4.451. Em 2010, a Corte entendeu, referendando a liminar do Min. Ayres Britto, que o art. 45, II e III, e § 4º e § 5º, da Lei nº 9.504/1997 violam a liberdade de imprensa, já que o humor pode ser considerado imprensa.

Referidos dispositivos afrontam, também, a plena liberdade de informação jornalística, nos termos do art. 220, § 1º, da CF/1988. Ainda, a manifestação, mesmo que seja pelo humor, não pode ser restringida, já que instrumentaliza e permite o direito de crítica e de opinião.

Naturalmente, eventual abuso poderá ser reparado pelo Judiciário por caracterizar os crimes de calúnia, injúria ou difamação, à luz do Código Penal.

Cabe lembrar que o STF, em 2018, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, II e III, e § 4º e § 5º, da Lei nº 9.504/1997, confirmando os termos da medida liminar concedida.

Como bem colocado pelo Relator, "não se ignora a possibilidade de riscos impostos pela comunicação de massa ao processo eleitoral – como o fenômeno das "fake news" –, porém se revela constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade. Ao contrário, o combate às "fake news" dá-se pelos meios legais e pela boa imprensa, que rapidamente podem levar a correta notícia à população. A censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos" (Inf. 907/STF).

19.8 Meio Ambiente

19.8.1 Conceito de meio ambiente

Alguns autores chegam a criticar a expressão "meio ambiente", alegando suposta redundância, uma vez que a expressão "meio" já estaria englobada pela palavra "ambiente"; portanto, seriam sinônimas.[30]

Contudo, observa José Afonso da Silva que "... a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico".

E conclui: "O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais".[31]

Cabe salientar, ainda, que o preservacionismo ambiental caracteriza-se como direito humano de terceira dimensão, estando o ser humano inserido na coletividade e, assim, titular dos direitos de solidariedade.

19.8.2 Aspectos do meio ambiente

Conforme proposto, reconhecendo o caráter unitário do conceito de meio ambiente, do ponto de vista didático, propomos a identificação de quatro importantes aspectos, focando aspectos específicos:

• Meio ambiente natural ou físico: nos termos do art. 3º, I, da Lei nº 6.938/1981 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), pode ser definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Em outras palavras, o meio ambiente natural ou físico é constituído pelo solo, água, ar atmosférico, energia, flora, fauna, ou seja, a correlação entre os seres vivos e o meio em que vivem (cf. art. 225, caput, e § 1º, I e VII, da CF/1988).

• Meio ambiente cultural: aponta a história e a cultura de um povo, as suas raízes e identidade, sendo integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico (cf. art. 225, caput, art. 215 e art. 216, da CF/1988).

---

[30] Cf. MARTÍN MATEO, Ramón: *Derecho ambiental.*
[31] SILVA, José Afonso da: *Direito ambiental constitucional.*

• Meio ambiente artificial ou humano: materializa-se no espaço urbano construído, destacando-se as edificações (espaço urbano fechado) e também os equipamentos públicos, como as ruas, espaços livres, parques, áreas verdes, praças etc. (espaço urbano aberto) (cf., entre outros, os art. 5º, XXIII, art. 182, art. 225, caput, da CF/1988, etc.).

• Meio ambiente do trabalho: espécie do meio ambiente artificial, ganha destaque, e, tratado em categoria autônoma, caracteriza-se como o local em que o trabalhador exerce a sua atividade. Nos termos do art. 200, VIII, da CF/1988, é atribuição do Sistema Único de Saúde a colaboração com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Assim, a proteção encontra fundamento também nos direitos ligados à saúde, uma vez que é indispensável que se garantam aos trabalhadores condições de salubridade e segurança (cf. art. 196 e art. 7º, da CF/1988).

19.8.3 Direitos humanos, direito ao desenvolvimento e direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações

19.8.3.1 A problemática

Fazendo um resgate histórico, encontramos certa preocupação com o meio ambiente desde o direito romano, em especial quanto à limpeza das águas, ao barulho, à fumaça e à preservação de áreas plantadas.

É pertinente afirmar, contudo, que essa preocupação se restringia a questões de direito imobiliário, intrinsecamente atreladas a uma perspectiva econômica.

As modernas noções de preservacionismo ambiental, direito ambiental, bem como a sua necessária conscientização, surgem em meados do século XX, sob outra perspectiva.

Segundo Guido Fernando Silva Soares,[32] a consciência da necessidade de proteção do meio ambiente decorre:

• dos problemas advindos com o crescimento caótico das atividades industriais;

• do consumismo desenfreado em âmbito local e mundial;

• de uma filosofia imediatista pelo desenvolvimento a qualquer preço;

• da inexistência de uma preocupação inicial com as repercussões causadas ao meio ambiente pela atividade econômica;

• da assunção de que os recursos naturais seriam infinitos, inesgotáveis e recicláveis por mecanismos automáticos incorporados à natureza (meados do século XIX) – Revolução Industrial.

---

[32] SOARES, Guido Fernando Silva: *As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente*.

Surge, então, a temática da inter-relação entre o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento.

O argumento falacioso e político, expressado pelos países desenvolvidos, "sugerindo" que os países em desenvolvimento diminuam as atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente para se tornarem santuários da humanidade, deve ser afastado. É o que passamos a estudar.

Tentaremos estabelecer um equilíbrio entre os direitos humanos, o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.[33]

Isso porque, consoante o art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, adotada pela Res. nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1986, o direito ao desenvolvimento é um direito inalienável de toda pessoa humana e de todos os povos, em virtude do qual estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, garantindo-se a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.[34]

Conclui-se, então, que o direito ao desenvolvimento deve observar a questão ambiental. A art. 170, caput, e VI, da CF/1988) estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Nesse contexto, o art. 4º, I, da Lei nº 6.938/1981 já havia previsto que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

19.8.3.2 Sustentabilidade: Solução para a problemática

A sustentabilidade apresenta-se como a chave mestra para a solução desse aparente conflito de valores constitucionalizados, seja mediante a garantia do direito ao desenvolvimento, seja prestigiando a preservação do ser humano e seus direitos fundamentais.[35]

---

[33] Cf. importante trabalho de TRINDADE, Antônio Augusto Caçado: *Meio ambiente e desenvolvimento*. Sobre essa problemática, cf., ainda, TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; KISS, Alexandre: *Two major challenges of our time*, e MCGOLDRICK, Dominic: *Sustainable development and human rights*.

[34] Sobre esta ideia cf. SALCEDO, Juan Antonio Carrillo: *El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana*.

[35] Surge, então, a construção do princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado inclusive internacionalmente, destacando-se, dentre outros diplomas, as declarações de Estocolmo (princípios 8º e 18) e do Rio de Janeiro (princípios 3º e 4º). Cf., ainda, ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2005, DJ de 2006.

Com precisão, observa Édis Milaré: "É por isso que hoje se fala com tanta insistência em desenvolvimento sustentado ou ecodesenvolvimento, cuja característica consiste na possível conciliação entre o desenvolvimento, a preservação ecológica e a melhoria da qualidade de vida do homem. É falso o dilema "ou desenvolvimento ou meio ambiente", na medida em que, sendo uma fonte de recursos para o outro, devem harmonizar-se e complementar-se. Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto significa dizer que a política ambiental não deve constituir em obstáculo ao desenvolvimento...".[36]

Ressaltamos, então, a regra do art. 225, caput, da CF/1988: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Eis aqui a consagração do desenvolvimento sustentável.

19.8.4 A proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro

A análise do constitucionalismo brasileiro nos permite afirmar que foi somente no texto de 1988 que se estabeleceu, de maneira específica e global, a proteção ao meio ambiente.

Na lição de Milaré, "a) desde a Constituição de 1934, todas mantiveram a proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do país; b) houve constante indicação no texto constitucional da função social da propriedade (art. 115, da CF/1934, art. 147 e art. 148, da CF/1946, art. 157, III, e § 8º, da CF/1967, art. 160, III, e art. 163, da CF/1969), solução que não tinha em mira – ou era insuficiente para – proteger efetivamente o patrimônio ambiental; c) jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, dele cuidou de maneira diluída e mesmo casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (florestas, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade)".[37]

---

[36] MILARÉ, Édis: *Tutela jurisdicional do ambiente.* Nesse mesmo sentido, afirma Francisco José Marques Sampaio: "Verificam-se, nas diversas áreas de atuação e expansão do conhecimento, esforços redobrados no sentido de se desenvolverem novos métodos de compatibilizar as necessidades e atividades humanas com a manutenção do equilíbrio ecológico, a conservação da natureza e a preservação da saúde das populações. No campo das ciências químicas, físicas e biológicas é notório o esforço empreendido por cientistas de muitos países para lograr êxito na árdua tarefa de inventar tecnologias capazes de alterar os sistemas produtivos, de modo que se tornem menos agressivos ao meio ambiente e capazes de contribuir para a verdadeira criação do chamado desenvolvimento econômico autossustentado, o ecodesenvolvimento" (SAMPAIO, Francisco José Marques: *O dano material e a responsabilidade.*)

[37] MILARÉ, Édis: *Direito do ambiente.*

• Constituição de 1824: estabeleceu a proibição de trabalho, cultura, indústria ou comércio que se opusessem à segurança e saúde dos cidadãos (art. 179, XXIV, da CF/1824).

• Constituição de 1891: competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre terras e minas de propriedade da União (art. 34, nº 29, da CF/1891).

• Constituição de 1934: fixou a competência concorrente entre União e Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte (art. 10, III, e art. 148, da CF/1934). Previu, ainda, ser competência privativa da União legislar sobre bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração (art. 5º, XIX, "j", da CF/1934).

• Constituição de 1937: nos termos do art. 134, da CF/1937, os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. Fixou, ainda, ser competência privativa da União legislar sobre os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração (art. 16, XIV, da CF/1937), podendo os Estados legislar, respeitadas as regras, da Lei Federal, sobre questões específicas (art. 18, "a", da CF/1937).

• Constituição de 1946: nos termos do art. 175, da CF/1946, as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, estavam sob a proteção do Poder Público. Manteve a competência da União para legislar sobre as riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca (art. 5º, XV, "l", da CF/1946).

• Constituição de 1967: nos termos do art. 172, da CF/1967, tendo fixado o amparo à cultura como dever do Estado, estavam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. Foi mantida a competência da União para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca (art. 8º, XVII, "h", da CF/1967).

• EC nº 1/1969 (alterando a Constituição de 1967): manteve a linha do texto emendado, utilizando pela primeira vez o vocábulo "ecológico".[38]

• Constituição de 1988: foi o primeiro texto a trazer, de modo específico e global, inclusive em capítulo próprio, regras sobre o meio ambiente, além de outras garantias previstas de modo esparso na Constituição, destacando-se os seguintes art. 5º, LXXIII, da

[38] "Art. 172. A Lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo."

CF/1988 (instrumento de tutela ambiental), art. 20, II ao XI, e § 1º, da CF/1988, (bens da União), art. 23, I, II, III, IV, VI, VII, IX e XI, da CF/1988, (competência administrativa, comum, cumulativa ou paralela, atribuída em relação aos quatro entes federativos: União, Estados, DF e Municípios), art. 24, VI, VII, VIII e XII, da CF/1988, (competência legislativa concorrente), art. 26, I, II e III, da CF/1988, (bens dos Estados), art. 30, VIII e IX, da CF/1988, (competência privativa enumerada), art. 91, § 1º, III, da CF/1988, (atribuição do Conselho Nacional de Defesa), art. 129, III, da CF/1988, (função institucional do MP para a promoção do inquérito civil e o ajuizamento da ACP), art. 170, VI, da CF/1988, (princípio da ordem econômica), art. 174, § 3º, da CF/1988, (organização da atividade garimpeira e cooperativas), art. 176, § 1º, da CF/1988, (recursos minerais e potenciais de energia hidráulica), art. 186, II, da CF/1988, (função social da propriedade rural), art. 200, VIII, da CF/1988, (meio ambiente do trabalho), art. 216, V, da CF/1988, (patrimônio cultural brasileiro), art. 220, § 3º, II, da CF/1988, (comunicação social e proteção ambiental), art. 225, da CF/1988, (proteção, de modo específico e global, do meio ambiente), art. 231, § 1º e § 3º, da CF/1988, (índios) etc.

19.8.5 Natureza jurídica do meio ambiente e a justiça distributiva entre as presentes e futuras gerações

O art. 225, caput, da CF/1988, preceitua que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O dever de preservação será por parte do Estado e da coletividade, uma vez que o meio ambiente não é um bem privado ou público, mas bem de uso comum do povo.

Podemos sustentar que o meio ambiente é bem de fruição geral da coletividade, de natureza difusa e, assim, caracterizado como *res omnium* – coisa de todos, e não como *res nullius*, como advertiu Sérgio Ferraz.[39] Trata-se de direito que, apesar de pertencer a cada indivíduo, é de todos ao mesmo tempo e, ainda, das futuras gerações.

Como corretamente nota Cristiane Derani,[40] o texto de 1988 inova ao estabelecer uma justiça distributiva entre as gerações (ou redistribuição entre as gerações), visto que as gerações do presente não poderão utilizar o meio ambiente sem pensar no futuro das gerações posteriores, bem como na sua sadia qualidade de vida, intimamente ligada à preservação ambiental.

---

[39] FERRAZ, Sérgio: *Responsabilidade civil por dano ecológico*.
[40] DERANI, Cristiane: *Direito ambiental econômico.*

19.8.6 Incumbência do Poder Público

Para assegurar a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, incumbe ao Poder Público (art. 225, § 1º, I ao VII, da CF/1988):

• Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais: processos vitais para a manutenção dos ecossistemas.

• Prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

• Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País.

• Fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético.

• Espaços territoriais especialmente protegidos: definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei,[41] vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. O art. 225, § 4º, da CF/1988, estabelece alguns espaços territoriais e os qualifica como patrimônio nacional.

• EIA/RIMA: exigir, na forma, da Lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. O estudo de impacto ambiental (EIA) será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, que apresentará um relatório de impacto ambiental (RIMA) (cf. Res. CONAMA[42] nº 1/1986).[43]

• Controle estatal: controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

• Educação ambiental: promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

---

[41] Conforme estabeleceu o STF, "... somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da CF/1988, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (art. 225, § 1º, III, da CF/1988)" (cf. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2005, DJ de 2006).

[42] CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, é um órgão colegiado de caráter normativo, deliberativo e consultivo do Ministério do Meio Ambiente e foi instituído pela Lei nº 6.938/1981, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/1990 e integra a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA

[43] "Ação direta de inconstitucionalidade. Art 182, § 3º, da CE-SC. Estudo de impacto ambiental. Contrariedade ao art. 225, § 1º, IV, da CF/1988. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado art. 225, § 1º, IV da CF/1988" (ADI 1.086, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2001, DJ de 2001).

• Fauna e flora: proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma, da Lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

19.8.7 Crueldade contra animais?

COLISÃO	
• Proteção da manifestação cultural • Art. 215, caput, e § 1º, da CF/1988	• Proibição de tratamento cruel aos animais • Art. 225, § 1º, VII, da CF/1988

Importante tema que se coloca refere-se à suposta colisão entre a proteção da manifestação cultural (art. 215, caput, e § 1º, da CF/1988) e a proibição de tratamento cruel aos animais (art. 225, § 1º, VII, da CF/1988). Abordaremos, então, quatro interessantes questões: a) farra do boi; b) rinhas ou brigas de galo; c) rodeios de animais; d) vaquejada; e) animais em circo.

19.8.7.1 Farra do boi

A farra do boi pode ser caracterizada como um antigo costume ibérico, transportado para o arquipélago de Açores e trazido para o Estado de Santa Catarina, no Brasil (Florianópolis e todo o litoral), por imigrantes daquela região.

Chegou a ter inspiração religiosa, normalmente praticada durante a quaresma e culminando na Páscoa, aparecendo o boi como protagonista em encenações sobre a Paixão de Cristo. A "farra do boi" já foi vista também como entretenimento, alegando alguns uma suposta tradição cultural. O boi fica sem comer por dias e depois é solto e perseguido nas ruas da cidade. Existem relatos de maus-tratos contra os animais.

O STF entendeu inconstitucional a "farra do boi", pois a crueldade praticada contra os animais não teria como fazer prevalecer uma suposta tradição cultural.

"EMENTA: Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e da flora – Animais – Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do art. 225, VII, da CF/1988, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi"" (RE 153.531, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 1997, DJ de 1998 – grifo nosso).

19.8.7.2 Rinhas ou brigas de galo

As rinhas ou brigas de galo podem ser conceituadas como a realização de atividades denominadas "esportivas", em recintos próprios e fechados (rinhadeiros) e, por isso, tendo sido utilizada a expressão "competição galística" (ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello). Aves das raças combatentes são colocadas para se enfrentar.

Também quanto a essas manifestações, entendeu o STF que se tratava de violação ao art. 225, § 1º, VII, da CF/1988, por submeter os animais a crueldade.

"EMENTA: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei nº 7.380/1998-RN. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. "Rinhas" ou "Brigas de galo". Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF/1988. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a Lei Estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "rinhas" ou "brigas de galo"" (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2007, DJ de 2007).[44]

19.8.7.3 Rodeios de animais

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.519/2002, "consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal".

Enfrentando outros temas, o Des. Castilho Barbosa, do TJ/SP, explicou: "vaquejada – quando peões seguram fortemente o animal pela cauda para ser contido na fuga; *calf roping* – bezerros, com quarenta dias de vida, são tracionados no sentido contrário em que correm, erguidos e lançados violentamente ao solo, em prática que além de causar lesões pode levá-los à morte, e *team roping* ou laçada dupla – prática em que um peão laça a cabeça de um garrote, enquanto outro laça as pernas traseiras, na sequência o animal é esticado, ocasionando danos na coluna vertebral e lesões orgânicas" (AGRV 419.225.5/5, de 2007).

Nesse sentido, as atividades vêm sendo permitidas, desde que não configurem crueldade aos animais. EMENTA: Agravo de Instrumento – Interposição contra decisão proferida em Primeiro Grau e que deferiu medida liminar em ação civil pública – Inconformismo – Admissibilidade em parte – Possibilidade da realização do rodeio e, nele, da "montaria"; proibida, no entanto, a utilização de sedém, peiteiros, choques elétricos ou mecânicos e esporas; e as práticas de "Vaquejada", "*calf roping*" e "*team roping*" – Entendimento jurisprudencial sobre o tema – Recurso parcialmente provido, sem prejuízo de eventual perda do objeto do presente agravo" (AGRV 419.225.5/5, de 2007).

---

[44] Em igual sentido, cf. ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2011, Plenário, DJE de 2011; ADI 2.514, j. 2005, DJ de 2005; ADI 1.856, j. 1998, DJ de 2000.

A grande questão que se coloca, portanto, é a prática de maus-tratos e crueldade contra os animais. Desde que não haja atos de flagelação aos animais, as festas de rodeio e de peão vêm sendo admitidas pelos Judiciários locais (devendo ser destacada a posição do STF em relação à vaquejada – cf. item seguinte, ADI 4.983).

O STF ainda não enfrentou a questão específica sobre os rodeios, estando pendente de julgamento a ADI 3.595, ajuizada pelo Governador de São Paulo com pedido de liminar, contra o Código de Proteção aos Animais do Estado (Lei nº 11.977/2005-SP), que, entre outros pontos, proibiu, nesse Estado, as provas de rodeio e de espetáculos que envolvam o uso de instrumentos que induzam o animal a se comportar de forma não natural.

A Lei nº 10.519/2002 traz regras sobre a realização de rodeios, buscando evitar apetrechos técnicos utilizados nas montarias que impliquem crueldade aos animais. Já a Lei nº 10.220/2001 institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional.

Por sua vez, o art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências) considera crime, a que se comina pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Sobre o tema registramos, e aqui deixamos o nosso abraço para os amigos da região, que a Lei nº 12.489/2011 confere ao Município de Barretos, no Estado de São Paulo, o título de Capital Nacional do Rodeio. A título de curiosidade e informação, por sua vez, a Lei nº 13.922/2019 institui o Dia Nacional do Rodeio, que será comemorado todo dia 4 de outubro de cada ano.

19.8.7.4 O julgamento específico da vaquejada – ADI 4.983 (j. 2016) e a EC nº 96/2017

Em âmbito estadual, a Lei nº 15.299/2013-CE regulamentou a vaquejada como atividade desportiva e cultural, definindo-a como "evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo", devendo a competição "ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público" (art. 2º e § 2º, da Lei nº 15.299/2013-CE).

Muito embora referida legislação tenha estabelecido a obrigação de os organizadores da vaquejada adotarem medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais, assim como outras disposições de proteção e inibição a maus-tratos, o STF, em julgamento bastante apertado (6 x 5), a declarou inconstitucional.

Conforme ficou estabelecido na ementa do acórdão, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no art. 225, VII, da CF/1988, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada" (ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2016, Plenário, DJE de 2017).

Conforme observou o Min. Marco Aurélio em seu voto, de acordo com o que se descreveu na inicial em relação aos ditos "dados empíricos evidenciados pelas pesquisas", o objetivo da vaquejada é "a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado".

Destaca ainda que "o autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica".

Assim, mesmo que presente a manifestação cultural (e essa realidade advinda da população rural não é negada – Min. Fachin, que fazia distinção com a "farra do boi" e a "rinha de galos", essas duas, em sua visão, consideradas práticas de crueldade), conforme destacou o Min. Marco Aurélio, "verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demostrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura".

Por sua vez, conforme observou o Min. Barroso, "a Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento grave. O controle e o uso de animais por humanos podem ser compatíveis com a garantia de um tratamento minimamente decente a eles. Mas no caso da vaquejada, infelizmente, isso não é possível sem descaracterização dos elementos essenciais da prática".

A partir dessa interpretação estabelecida pelo STF, até porque bastante apertada e em tema que dividiu a Corte (6 x 5), vários movimentos se seguiram no sentido de modificar, pela via legislativa, a interpretação estabelecida, até porque, como se sabe, o efeito vinculante da decisão proferida em controle concentrado (ADI) não vincula o Poder Legislativo na sua função típica de legislar, sob pena de "fossilização" da Constituição (cf. item 6.7.1.8).

Dessa forma, o Congresso Nacional editou a EC nº 96/2017, acrescentando o art. 225, § 7º, da CF/1988, nos seguintes termos: "para fins do disposto na parte final do art. 255, § 1º, VII, da CF/1988, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o art. 215, § 1º, da CF/1988, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por Lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

Destaca-se, também, a Lei nº 13.364/2016, alterada pela Lei nº 13.873/2019, que "reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal".

Estamos diante de nítida situação de superação legislativa da jurisprudência da Corte ("mutação constitucional pela via legislativa" ou "reversão legislativa da jurisprudência da Corte"), tema que já foi analisado pelo STF no julgamento da ADI 5.105 (cf. itens 1.6 e 6.7.1.8).

Restará ao STF apreciar a validade, da EC nº 96/2017, que, "escancaradamente", estabeleceu que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e regulamentadas por Lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Pelo comando do constituinte reformador, diferente da tese fixada pelo STF no julgamento da ADI 4.983, bastaria o mero "registro" e a sua regulamentação por Lei específica para se afastar a crueldade. Será que esta foi a melhor escolha política?

Com o máximo respeito, entendemos que não. Essa definição, contudo, dependerá de manifestação do STF (pendente), tendo sido ajuizadas novas ações: a) questionando leis estaduais regulamentadoras da prática da vaquejada e que foram editadas antes da reforma constitucional: ADIs 5.710, 5.711 e 5.713;[45] b) questionando diretamente a EC nº 96/2017:

[45] Em 2018, o Min. Marco Aurélio reconheceu a perda do objeto das ADIs 5.711 e 5.713 tendo em vista a alteração superveniente do parâmetro de controle, em razão do advento, da EC nº 96/2017, ficando, assim, em virtude do novo tratamento dado à vaquejada, prejudicada a análise das ações. Como ele mesmo tranquilizou, contudo, sem a necessidade de se superar a jurisprudência atual no sentido da perda do objeto (nesse sentido, cf. item 6.7.1.2.13), a questão central será enfrentada pela Corte: "o Tribunal tem encontro marcado com a controvérsia, presente a formalização das ADIs nº 5.728 e 5.772 (...)", pelas quais se questiona a compatibilidade, da EC nº 96/2017 com a da CF/1988.

ADIs 5.728 e 5.772 (esta última tem por objeto não apenas a EC nº 96/2017, mas, também, a expressão "vaquejada" constante nas Lei nº 13.364/2016 e Lei nº 10.220/2001).

19.8.7.5 Animais em circo

19.8.7.5.1 A origem do circo – breve nota[46]

Muito se discute sobre a origem do circo ou, melhor dizendo, da arte circense, chegando alguns a apontar as suas raízes na Grécia antiga ou até mesmo no Egito, servindo o espetáculo para marcar a volta da guerra e, assim, trazendo animais exóticos para demonstrar a grandiosidade das batalhas e a distância percorrida pelos generais.

Outros atribuem o surgimento do circo à China, destacando-se as acrobacias humanas.

Lembramos, ainda, o desenvolvimento da arte circense no Império Romano, como o Circo Máximo de Roma e o Coliseu.

A ideia do circo moderno, com o picadeiro, a cobertura de lona, as arquibancadas, deve-se a Philip Astley, da Inglaterra.

No Brasil, há alguns registros de surgimento do circo no final do século XVIII e da ideia de circo moderno no século XIX, incentivado pelo desenvolvimento econômico, posteriormente.

Hoje se fala em um "circo contemporâneo", ou o "novo circo", enaltecendo a figura do homem e excluindo a participação de animais.

19.8.7.5.2 O adestramento de animais em circos

No tocante aos animais, muito se discute sobre eventual crueldade.

Como anotou o Deputado Federal Antônio Carlos Biffi em seu parecer, "para realizar tarefas como dançar, andar de bicicleta, tocar instrumentos, pular em argolas (com ou sem fogo), cumprimentar a plateia, entre outras proezas, os animais são submetidos a treinamento que, regularmente, envolve chicotadas, choques elétricos, chapas quentes, correntes e outros meios que os violentam. A alimentação e o descanso desses animais são, muitas vezes, inadequados e insuficientes. Há ainda uma perversidade adicional gerada pela presença de carnívoros nos espetáculos circenses – é comum que cães e gatos vivos sejam fornecidos a eles como alimentação, muitas vezes trocados por ingressos pelos moradores da localidade onde se encontra o circo".[47]

---

[46] Breve nota apresentada, conforme parecer do Deputado Federal Antônio Carlos Biffi, ao PL nº 7.291/2006, na Comissão de Educação e Cultura (CEC) da Câmara dos Deputados.

[47] PL nº 7.291/2006, apresentado na Comissão de Educação e Cultura (CEC) da Câmara dos Deputados.

Segundo relata o Deputado Federal Jorge Pinheiro, ao analisar o PL nº 7.291/2006, que tramita na CD, "vários circos famosos internacionalmente – como o Circo Soleil do Canadá e o Circo Oz da Austrália – não utilizam animais em seus espetáculos e, inclusive, a Escola Nacional de Circos se manifestou a favor do projeto de Lei proibindo animais em circos no Estado do Rio de Janeiro. No Brasil, o Circo Popular do Brasil, além de outros cinco circos, apresentam apenas espetáculos com humanos. A apresentação de animais nos espetáculos circenses em nada contribui à educação ambiental da população, visto que o comportamento apresentado não se assemelha ao comportamento natural desses animais, inclusive expondo-os ao ridículo. Mesmo alguns empresários de circo reconhecem que há uma tendência mundial de desvalorização de animais como atração circense e que o "circo do futuro" valorizará mais o artista".[48]

19.8.7.5.3 O fim dos animais em circos significaria o fim da cultura circense?

Por todo o exposto, não nos parece que o uso de animais seja essencial para que o circo cumpra o seu relevante papel para a cultura de nosso país.

Em um primeiro momento, a utilização dos animais nos circos tenderia mais a caracterizar a crueldade do que o fortalecimento da cultura.

Muitos incidentes com animais de circos já foram relatados. Há notícias de maus-tratos e abandono de animais, bem como de tragédias, como, em 2000, a morte de um menino de 6 anos por leões do Circo Vostok em Jaboatão dos Guararapes/PE, levando a sociedade a se revoltar e ao encaminhamento de projetos de Lei no sentido de proibir a utilização de animais nos circos.

Alguns Estados, como São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, assim como vários Municípios, já proibiram a participação de animais em espetáculos circenses.

Proibir a utilização de animais em circo não significará o fim da arte, da cultura circense, que tem muito a oferecer, como a apresentação dos malabaristas, dos trapezistas, dos engolidores de fogo, dos mágicos, dos palhaços e de tantos, homens e mulheres, artistas que fazem da arte a sua vida e lutam para encantar, alegrar e estimular o sonho e o imaginário.

Assim, preserva-se a cultura, e, ao mesmo tempo, ao não se admitir o emprego de animais em circos, garante-se a proibição de crueldade, harmonizando os preceitos constitucionais.

19.8.8 Importação de pneus usados – ADPF 101

---

[48] Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) – Parecer do Relator, 2006.

O STF, julgando a ADPF 101, declarou que a legislação que proíbe a importação de pneus usados é constitucional (cf. Infs. 538 e 552/STF).

Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte foram:

• proteção à saúde;

• meio ambiente ecologicamente equilibrado;

• soberania nacional;

• defesa do meio ambiente;

• princípios internacionais decorrentes de tratados de proteção ambiental.

19.8.9 Exploração de recursos minerais

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma, da Lei.

Conforme anota Paulo Affonso Leme Machado, "foi um avanço considerável – e a nível da maior Lei do país – considerar induvidosamente a atividade minerária ou a mineração como atividade degradadora do ambiente pelo só fato dessa atividade existir. Há, contudo, três formas de degradação diferentes que podem advir da mineração: a primeira, poderá ser evitada antes do licenciamento da lavra e/ou da pesquisa, através do estudo de impacto ambiental; a segunda, poderá ser combatida durante o funcionamento da atividade de lavra e/ou pesquisa; e a terceira, a de que cuida a Constituição: a recomposição. A norma constitucional não eliminou as duas fases apontadas, mas mostrou que toda atividade de mineração importa em necessidade de uma atividade de recuperação".[49]

A exploração, ainda nos termos do art. 225, caput, da CF/1988, terá de ser sustentável para evitar o esgotamento dos recursos minerais, inclusive para as gerações futuras.

19.8.10 Responsabilidade por danos ambientais

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º, da CF/1988).

• Responsabilidade criminal: influenciado pelo art. 45, § 3º, da Constituição espanhola, o constituinte de 1988 erigiu o meio ambiente a bem jurídico-penal autônomo, prevendo a responsabilização criminal em razão dos crimes ecológicos. Nesse sentido, o princípio da

[49] MACHADO, Paulo Affonso Leme: *Direito ambiental brasileiro*.

reserva legal deverá ser respeitado, destacando-se a Lei nº 9.605/1998. Outro ponto bastante interessante foi o estabelecimento de responsabilidade penal[50] da pessoa jurídica.[51] e [52]

• Responsabilidade administrativa: diante da violação de normas administrativas, foram estabelecidas sanções também de natureza administrativa, como multa, interdição da atividade, advertência, suspensão de benefícios etc.

• Responsabilidade civil: todo dano ambiental, de qualquer natureza (contratual, extracontratual, que decorra de ato ilícito ou mesmo lícito), deverá ser indenizado. Trata-se de responsabilidade objetiva e integral (cf. art. 21, XXIII, "d", da CF/1988 e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981)[53] em razão do dano ecológico, independentemente de culpa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade. Tendo em vista a natureza do dano ambiental, há a preferência pela tutela específica e reposição do *status quo* ante.[54]

19.8.11 Ecossistemas especialmente protegidos e erigidos à categoria de patrimônio nacional

[50] Sobre o tema da responsabilidade penal, cf. PRADO, Luiz Regis: *Crimes contra o ambiente*. Ainda nesse contexto, cf. FERREIRA, Ivette Senise: *Tutela penal do patrimônio cultural*, passim.

[51] Deixando-se anotada a existência de dois precedentes nos quais o STF já havia vislumbrado a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, nos termos do art. 225, § 3º, da CF/1988 (cf. RE 473.045 e HC 88.544), em momento seguinte, no julgamento do RE 548.181, a 1ª T. do STF, por maioria de votos (3 X 2), explicitamente, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente a pessoa jurídica, no caso, a Petrobras, mesmo não tendo sido admitida a ação penal contra pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção. De acordo com a denúncia oferecida pelo MPF/PR, tratava-se de rompimento de duto em uma refinaria situada no município de Araucária (em 2000) e que teria levado ao derramamento de 4 milhões de litros de óleo cru, poluindo os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas (Notícias STF, 2013). Conforme informado, "é admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma por maioria, conheceu, em parte, de recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido. Neste, a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas (art. 54 da Lei 9.605/1998) teria sido excluída e, por isso, trancada a ação penal relativamente à pessoa jurídica. (...) No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF/1988. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabelecera por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos" (RE 548.181, Rel. Min. Rosa Weber, j. 2013, 1ª T. Inf. 714/STF).

[52] De acordo com a Lei nº 9.605/1998: Art. 21 – as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, da Lei nº 9.605/1998, são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade. Art. 22 – as penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I – suspensão parcial ou total de atividades; II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações"

[53] Conforme Lei nº 6.938/1981: Art. 14, § 1º – sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O MPU e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

[54] LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*.

De acordo com o art. 225, § 4º, da CF/1988, são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma, da Lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais:

- Floresta Amazônica brasileira
- Mata Atlântica
- Serra do Mar
- Pantanal Mato-Grossense
- Zona Costeira

Em entendimento fixado pelo STF, "a norma inscrita no art. 225, § 4º, da CF/1988, deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da CF/1988, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal".[55]

19.8.12 Os "Soldados da Borracha" e a EC nº 78/2014

De acordo com o art. 54, do ADCT, os seringueiros recrutados nos termos do DL nº 5.813/1943, e amparados pelo DL nº 9.882/1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de 2 salários mínimos.

O benefício[56] é estendido aos seringueiros que, atendendo a apelo do governo brasileiro, contribuíram para o esforço de guerra, trabalhando na produção de borracha, na Região Amazônica, durante a 2ª Guerra Mundial. Por esse motivo, foram apelidados "Soldados da Borracha".

A concessão dos benefícios, que são transferíveis aos dependentes reconhecidamente carentes, está disciplinada na Lei nº 7.986/1989. De acordo com o art. 3º, da Lei nº 7.986/1989, na redação dada pela Lei nº 9.711/1998, a comprovação da efetiva prestação de serviços, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, vedação essa tida pelo STF como constitucional (ADI 2.555, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2003, Plenário, DJ de 2003).

---

[55] RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1995, DJ de 1995 (RTJ 158/205). Cf., ainda, RE 267.817, RTJ 184/322; RE 471.110-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2006, DJ de 2006; RE 300.244, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2001, DJ de 2001, e RE 349.184, DJ de 2003.

[56] Conforme anotou Érica Paula Barcha Correia, referido benefício tem natureza indenizatória, e não previdenciária. Segundo ensina, "na realidade, há um ressarcimento por dano considerado constitucionalmente e não provisão indicada legalmente para cobertura de contingências. O pagamento pelo Instituto Nacional do Seguro Social, neste caso, é meramente operacional, não trazendo qualquer mudança na natureza jurídica do instituto" (in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil*).

Durante a constituinte, discutiu-se a possibilidade de se dar aos seringueiros um tratamento isonômico em relação aos ex-combatentes de guerra que passaram a ter muitos outros direitos e foram, esses últimos, equiparados a 2º Tenente das Forças Armadas para efeito de pagamento de pensão.

Essa perspectiva, contudo, não foi alcançada. Observa-se um grande distanciamento entre as duas categorias e, assim, iniciou-se outra longa discussão com o objetivo de se "minorar os problemas vividos por aqueles que, com grande sacrifício pessoal, trabalhando sob as mais difíceis condições, deram um esforço gigantesco para a derrota do nazifascismo, garantindo às forças aliadas o fornecimento de uma das mais importantes matérias-primas no esforço de guerra, a borracha" (Parecer da CCJ, Rel. Sen. Aníbal Diniz).

Nesse contexto, foi aprovada a EC nº 78/2014 estabelecendo que os seringueiros de que trata o art. 54, do ADCT receberão indenização, em parcela única, no valor de R$ 25.000,00. Essa indenização somente se estende aos dependentes dos seringueiros que, na data de entrada em vigor da referida emenda constitucional (exercício financeiro seguinte ao de sua publicação), detenham a condição de dependentes na forma do art. 54, § 2º, do ADCT, devendo o valor de R$ 25.000,00 ser rateado entre os pensionistas na proporção de sua cota-parte na pensão.

19.8.13 Terras devolutas

19.8.13.1 Classificação dos bens públicos: As terras devolutas enquanto bens dominicais

No tocante à destinação, os bens públicos podem ser classificados em:

• Bens de uso comum do povo ou do domínio público: destinados à utilização geral e igualitária pelos indivíduos, independem de consentimento individualizado pelo Poder Público para a sua utilização e podem ser assim exemplificados: rios, mares, estradas, ruas e praças. Por regra, a sua utilização é gratuita, mas há exemplo de exigência de contraprestação pelo Poder Público, como no caso dos pedágios nas rodovias (art. 99, I, do CC).

• Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo: são aqueles utilizados pela Administração Pública para a execução de serviços públicos e administrativos, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (art. 99, II, do CC).

• Bens dominicais ou do patrimônio disponível: constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, III, do CC), e não se encontram afetados a nenhuma finalidade específica,

isto é, não são de uso comum do povo nem de uso especial. Como exemplo, destacamos as terras devolutas e todas aquelas que não tenham nenhuma destinação pública específica, os prédios públicos desativados, os terrenos de marinha etc.

Feito esse breve apontamento (que deverá ser aprofundado nos livros de direito administrativo – no capítulo sobre bens públicos), interessa-nos, dentro da ideia de meio ambiente, analisar a questão particular sobre as terras devolutas.

19.8.13.2 Titularidade

Na época do Brasil colônia, todas as terras descobertas eram públicas e pertenciam a Portugal, que, por sua vez, trespassou parte delas para os colonizadores, mediante as concessões de sesmarias, que deveriam ser demarcadas e cultivadas, sob pena de comisso, ou seja, retorno das terras para a Coroa. Dessa forma, tanto as terras que caíram em comisso como as que nunca foram trespassadas e, assim, não fixadas como de domínio privado nem tinham destinação específica no domínio público foram consideradas devolutas.

Proclamada a independência, as terras devolutas passaram a integrar o patrimônio público do Império.

Em seguida, nos termos do art. 64 da CF/1891 (República), as terras devolutas foram transferidas para os Estados-Membros, ficando com a União somente a porção do território indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Alguns Estados, por sua vez, transferiram, ao longo do tempo, parcela das terras devolutas para os seus Municípios.

Na CF/1988, parte das terras devolutas que já tinham sido destinadas aos Estados reverteu ao domínio público federal, uma vez que (art. 20, II, da CF/1988) são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Podemos, assim, afirmar que as terras devolutas, desde a CF/1891, por regra, pertencem aos Estados-Membros, excetuando-se aquelas que, conforme visto, são indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em Lei (art. 20, II, c/c o art. 26, IV, da CF/1988).

Segundo Hely Lopes Meirelles, terras devolutas "... são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários".[57]

---

[57] MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito administrativo brasileiro.*

19.8.13.3 Terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado necessárias à proteção dos ecossistemas naturais – Indisponibilidade

Nos termos dos art. 100 e art. 101 do CC, os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a Lei determinar. Por sua vez, os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências, da Lei.

Diante do exposto, teoricamente, as terras devolutas, por serem bens públicos dominicais, poderiam ser alienadas.

Contudo, as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados (art. 26, IV, da CF/1988), por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, foram declaradas indisponíveis pela Constituição (art. 225, § 5º, da CF/1988), não podendo, portanto, ser alienadas. O constituinte, nesse caso particular, colocou-as sob o mesmo regime jurídico dos bens de uso comum do povo e de uso especial (art. 100 do CC).

Para José Afonso da Silva, "a regra não abrange nem as terras devolutas da União, nem as dos Municípios, embora a destes até devesse abranger. A indisponibilidade constitucionalmente estabelecida depende de verificação de sua necessidade para a proteção indicada e significa – verificado esse pressuposto inclusive na via judicial – que a alienação e mesmo a simples legitimação de posse dessas terras são nulas".[58]

19.8.14 Localização das usinas nucleares: Necessidade de Lei Federal

Para serem instaladas, as usinas que operam com reator nuclear deverão ter a sua localização definida em Lei Federal.

Essa regra complementa a fixada no art. 21, XXIII, "a", da CF/1988, que exige aprovação e autorização, pelo Congresso Nacional (art. 49, XIV, da CF/1988), para o funcionamento das usinas nucleares e somente para fins pacíficos.

Assim, toda e qualquer Lei Estadual, distrital ou municipal, inclusive Constituição Estadual, ou Lei Orgânica, que vedar ou autorizar a instalação de usina nuclear em determinada região será inconstitucional por invadir a competência da União.

19.9 Família, Criança, Adolescente, Jovem e Idoso

---

[58] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

19.9.1 Família: conceito de entidade familiar

A família é a base da sociedade e terá especial proteção do Estado[59] (art. 226, da CF/1988).

O conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, visto que, para efeito de proteção pelo Estado, foi reconhecida como entidade familiar também a união estável entre o homem e a mulher, devendo a Lei facilitar sua conversão em casamento.

A Lei nº 8.971/1994 citava o termo companheiros; a Lei nº 9.278/1996 disciplinava a situação dos conviventes. O Novo Código Civil abriu um título próprio para a união estável, tratando dos companheiros e reconhecendo, nos termos do art. 1.723, caput, do CC, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de Constituição de família.

Para parte da doutrina, o Código Civil revogou as outras duas leis e, ao fazê-lo, retrocedeu ao desigualar o casamento e as uniões estáveis para efeitos de sucessão (art. 1.790, do CC).

Essa distinção, em tese, atingiria também, negativamente, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, que veio a ser reconhecida pelo STF, como se observa no item seguinte.

A questão foi analisada pelo STF no julgamento do RE 878.694, que trata da união de casal heteroafetivo, e do RE 646.721, que aborda a sucessão em determinada relação homoafetiva.

A Corte, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria, reconheceu, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, fixando a seguinte tese (tanto para relação hétero como homoafetiva): "é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC" (j. 2017).

Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental (filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas), fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (CC/1916), a da CF/1988 reconheceu a família monoparental.

Nesse sentido, nos termos do art. 226, § 4º, da CF/1988, entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

---

[59] "A Lei nº 8.560/1992 expressamente assegurou ao Parquet desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai" (RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2003, DJ de 2004).

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente etc.

Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF/1988)[60] e os filhos (art. 227, § 6º, da CF/1988).[61]

Destacamos que o STF estabeleceu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade os pais biológicos, fixando-se a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (RE 898.060, j. 2016, Plenário), devendo o tema ser aprofundado nas obras de direito civil.

19.9.2 União homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo)

Carlos Roberto Gonçalves observa que vários são os requisitos para a configuração da união estável, sejam eles de ordem subjetiva: a) convivência *more uxório* e b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família; e de ordem objetiva: a) diversidade de sexos – requisito que não mais se sustenta, b) notoriedade, c) estabilidade ou duração prolongada, d) continuidade, e) inexistência de impedimentos matrimoniais e f) relação monogâmica.[62]

Sobre o requisito da "diversidade de sexos", contudo, conforme anota o autor, "por se tratar de modo de Constituição de família que se assemelha a casamento, apenas com a diferença de não existir a formalidade da celebração, entendia-se, até recentemente, que a união estável só poderia decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente. A doutrina considerava da essência do casamento a heterossexualidade e classificava na categoria de ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo. [...]. A matéria ficava assim excluída do âmbito do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional.

E completa: aos poucos, no entanto, eminentes doutrinadores começaram a colocar em evidência, com absoluta correção, a necessidade de atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas. Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passou a reconhecer a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar, sob a forma de união estável homoafetiva, ao fundamento

---

[60] Art. 226, § 5º, da CF/1988: § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[61] Art. 227, § 6º, da CF/1988: § 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[62] GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro.*

de que "a ausência de Lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º, da LINDB)"".

Não temos dúvida de que o direito tem de evoluir para disciplinar a realidade social das uniões homoafetivas, assegurando o direito de herança, previdência, propriedade, sucessão e, sem dúvida, de acordo com a evolução da sociedade e o controle estatal, inclusive e naturalmente com a participação do Ministério Público, de adoção de crianças (cf. item 19.9.14.4) e qualquer outro direito assegurado à união estável como entidade familiar.

Parece, então, que a união homoafetiva, à luz da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988, – regra-matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5º, X, da CF/1988), da não discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3º, IV, da CF/1988), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5º, caput, da CF/1988), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.

Conforme argumenta Maria Berenice Dias, mostra-se "... impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de Constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção...".[63]

O STF, em decisão histórica, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, em 2011, reconheceu como constitucional a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido dada interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado do art. 1.723 do CC[64] que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (Rel. Min. Ayres Britto, j. 2011, Plenário, DJE de 2011).

Como desdobramento desse julgamento, considerando o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.183.378–RS (j. 2011), que decidiu inexistirem óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, o CNJ editou a Res. nº 175/2013–CNJ, que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.[65]

---

[63] DIAS, Maria Berenice: *União homossexual.*

[64] Em relação ao registro da união estável prevista nos art. 1.723 ao art. 1.727 do CC, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo, cf. Provimento nº 37/2014-CNJ.

[65] Em relação ao registro da união estável prevista nos art. 1.723 ao art. 1.727 do CC, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo, cf. Provimento nº 37/2014-CNJ.

19.9.3 Reconhecimento de união estável e de relação homoafetiva concomitantes para fins de rateio de pensão por morte

Um tema deve ser acompanhado: o STF analisa a possibilidade de reconhecimento de união estável e de relação homoafetiva concomitantes para fins de rateio de pensão por morte (uniões estáveis simultâneas). Como a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo já é uma realidade reconhecida pela Corte (vide item anterior), o grande ponto a saber é se a monogamia deve ser tida como requisito indispensável e estruturante da união estável.

Na data do fechamento desta edição, o placar do STF estava em 5 x 3 no sentido de se admitir o rateio, tendo havido pedido de vista do Min. Dias Toffoli (RE 1.045.273, j. 2019, pendente).

Para o Min. Relator Alexandre de Moraes, acompanhado de outros dois Ministros, "na verdade, o que se pede é o reconhecimento retroativo da bigamia para fins de rateio da pensão por morte", possibilidade esta não prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme sustenta, a existência de declaração judicial definitiva de uma união estável, por si só, impede o reconhecimento de outra união concomitante e paralela, "seja essa união heteroafetiva ou homoafetiva" (Notícias STF, 2019).

Por sua vez, o Min. Edson Fachin abriu a divergência (acompanhado por outros quatro Ministros), para permitir o rateio da pensão por morte: "prevalece o entendimento de que não se trata de uma discussão de Direito de Família ou Cível, mas meramente de Direito Previdenciário pós-morte. Fachin lembrou que a Lei nº 8.213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) reconhece não só o cônjuge, mas também o companheiro e a companheira como dependente para efeitos jurídicos previdenciários. O ministro observou que, embora haja jurisprudência rejeitando efeitos previdenciários a uniões estáveis concomitantes, entende ser possível a divisão da pensão por morte, desde que haja boa-fé objetiva, ou seja, a circunstância de que a pessoa não sabia que seu companheiro tinha outra união simultânea" (Notícias STF, 2019).

19.9.4 Transexualidade: transgêneros e o direito de alteração no registro civil

Conforme noticiado pelo Professor Cassettari, Roberto Farina foi o primeiro médico brasileiro a realizar, em 1971, a cirurgia de transgenitalismo. Em razão de seu ato, foi condenado em primeira instância a 2 anos de reclusão por ter causado, no entendimento do juiz, lesão corporal grave. No tribunal, veio a ser absolvido. Esse motivo, como narra o professor, fez com que muitos fossem realizar cirurgias no exterior, até que a Res. nº 1.482/1997-CFM autorizou, em caráter experimental e nos seus termos, a realização da

cirurgia no Brasil. Pela Res. nº 1.652/2002-CFM a cirurgia deixou de ser feita em caráter experimental, estando, atualmente, disciplinada na Res. nº 1.955/2010-CFM.[66]

A Res. nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu regras e procedimentos para a cirurgia de transgenitalismo, revogando a anterior, que disciplinava o assunto, Res. nº 1.652/2002-CFM.

Nos termos dos considerandos desta última, destacamos que o paciente transexual é "... portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio".

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o "transexualismo" é reconhecido como uma patologia (CID-10 F64.0),[67] podendo ser conceituado como a vontade de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, acompanhado, geralmente, do desejo de fazer com que o corpo seja o mais próximo daquele que se sonha, seja por cirurgia, seja por tratamento hormonal.[68] Fixa-se, ainda, o prazo de dois anos de continuidade do desejo de mudança de sexo e que não haja sintoma de qualquer outro transtorno mental. Isso quer dizer que a pessoa nasce com características físicas de um sexo, mas pensa e se comporta como uma pessoa do sexo oposto, não se confundindo o transexualismo com a homossexualidade. A alma, a essência, é de um sexo, mas o corpo físico e indesejado é do outro sexo.

A definição de "transexualismo" obedecerá (cf. o art. 3º da Res. nº 1.955/2010-CFM), no mínimo, aos seguintes critérios:

• desconforto com o sexo anatômico natural;

• desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;

• permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;

• ausência de transtornos mentais.

Pode ser tanto a transformação do fenótipo masculino em feminino (neocolpovulvoplastias), com bons resultados cirúrgicos, do ponto de vista estético ou funcional, como do fenótipo feminino em masculino (neofaloplastias). Neste último caso, segundo a literatura médica, ainda há dificuldades técnicas para a obtenção de bom resultado, seja no aspecto estético, seja no funcional.

Assim, por todo o exposto, várias decisões de tribunais estaduais e também do STJ (SE 2.149, Min. Barros Monteiro, DJ de 2006) vêm reconhecendo, com base nos princípios da

---

[66] CASSETTARI, Christiano: *Elementos de direito civil.*

[67] Conforme expomos em seguida, em interessante decisão, o Min. Barroso desconstitui a noção de patologia e define o transexualismo como uma condição social (RE 845.779). De fato, essa tem sido uma tendência entre os estudiosos do assunto.

[68] Nesse sentido de não se exigir a necessidade da cirurgia de transgenitalismo manifesta-se, com a maioria, o Professor Ítalo José Rebouças de Oliveira, a quem agradecemos o debate e troca de ideias sobre o tema, em razão de live realizada por este autor no Periscope em 2017.

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), proibição de discriminação por motivo de sexo (art. 3º, IV, da CF/1988), intimidade, vida privada e honra (art. 5º, X, da CF/1988), direito à saúde (art. 196 e s., especialmente o art. 199, § 4º, da CF/1988) etc; o apoio do Estado para a mudança de sexo, inclusive pelo SUS, e, ainda, a autorização para mudança de nome e sexo no registro civil (adequando-se, assim, o documento formal à aparência do registrando e evitando, por consequência, constrangimento).

No STF, em decisão monocrática, a Ministra Ellen Gracie concedeu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA 185), requerida pela União, contra ato da 3ª Turma do TRF-4 que confirmou decisão de juízo de primeira instância, determinando que o SUS realizasse todas as cirurgias de transgenitalização (2007), fundamentando a sua decisão no argumento de que a decisão repercutiria sobre a programação orçamentária federal e, assim, geraria impacto nas finanças públicas.

Em momento seguinte, a Portaria nº 1.707/2008 do Ministério da Saúde instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador, com previsão de ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Consequentemente, a suspensão de tutela antecipada (STA 185) em análise, bem como o agravo regimental interposto, foram julgados prejudicados pela perda superveniente do objeto (art. 21, IX, do RISTF). Atualmente, o processo está disciplinado na Portaria nº 2.803/2013–MS.

Entendemos que o SUS tem o dever de arcar com os custos de referida cirurgia. Dessa forma, não temos dúvida em afirmar que o Estado deverá reconhecer como entidade familiar aquela em que se tenha um transexual como membro, assegurando todos os direitos já defendidos para a união estável homoafetiva.

Nesse caso do transexual, uma vez realizada a cirurgia, se uma pessoa que era do fenótipo masculino se transformou em mulher, reconhecida a mudança de sexo inclusive no registro civil, parece-nos que poderá casar-se com um homem, e aqui teríamos um perfeito casamento.

A matéria será discutida a fundo pelo STF. Trata-se do tema 778 da repercussão geral (RE 845.779, com potencialidade de se atingir cerca de 1.000 processos sobrestados), no qual se discute a "possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente".

No caso concreto, uma pessoa do sexo masculino, transexual feminino, foi constrangida por funcionário de um shopping center em Florianópolis quando estava utilizando o banheiro feminino.

Em seu voto, de maneira interessante, o Min. Barroso busca desconstituir a noção de patologia: "a verdade é que não se trata de uma doença, mas de uma condição pessoal, e,

logo, não há que se falar em cura. O indivíduo nasceu assim e vai morrer assim. Vale dizer: nenhum tipo ou grau de repressão vai mudar a natureza das coisas. Destratar uma pessoa por ser transexual, isto é, por uma condição inata, é como discriminar alguém por ser negro, judeu, índio ou gay. É simplesmente injusto, quando não perverso" (suas anotações para o voto oral no citado RE 845.779).

E propõe a seguinte tese, calcada basicamente na noção de dignidade da pessoa humana e dever constitucional do Estado Democrático de proteção das minorias marginalizadas e estigmatizadas da sociedade: "os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público" (acompanhado pelo Min. Fachin, que, inclusive, aumentou a condenação do shopping na indenização por danos morais. Em 2015, houve pedido de vista do Min. Fux – pendente).

Ainda, destacamos o julgamento da ADI 4.275, ajuizada no ano de 2009 pela Procuradoria-Geral da República, requerendo o reconhecimento do direito de os transgêneros alterarem o seu nome e sexo no registro civil, mesmo sem a cirurgia de transgenitalização, propondo, então, a interpretação conforme à Constituição do art. 58, da Lei nº 6.015/1973 (lei de registros públicos), no sentido de que o termo "apelido público notório" englobe, também, o nome social.

O STF, em 2018, por 6 x 4, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58, da Lei nº 6.015/1973, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, não havendo a necessidade de ordem judicial, consagrando-se, portanto, a autodeclaração de gênero.

Conforme se estabeleceu, "o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental" (Inf. 892/STF, pendente a publicação do acórdão).

Ficou estabelecida, ainda, a proibição de exigência de requisitos como maioridade, certidões médicas ou psicológicas, depoimentos de testemunhas etc., assegurando que os pedidos estejam baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante.

O procedimento deve ser célere e confidencial, não se admitindo seja a alteração averbada à margem no assentamento de nascimento.

Conforme observou o Min. Celso de Mello, a inexistência de prévio controle judicial "encontra solução na própria Lei dos registros públicos, uma vez que, se surgir situação

objetiva que possa eventualmente caracterizar prática fraudulenta ou abusiva, caberá ao oficial do registro civil das pessoas naturais a instauração do processo administrativo de dúvida" (Notícias STF, 2018).

O entendimento firmado na ADI 4.275 orientou o julgamento do RE 670.422, estabelecendo a Corte a seguinte tese de julgamento: 1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo "transgênero"; 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; 4. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos" (j. 2018).

Outra informação interessante foi a decisão unânime do Conselho pleno da OAB no sentido de se permitir que advogados e advogadas travestis e transexuais usem o nome social no registro da OAB. Essa decisão foi tomada no dia 17.05.2016, Dia Internacional contra a Homofobia, sendo a primeira certidão reconhecendo o nome social ao lado do nome civil expedida em 09.01.2017, pela Seção de São Paulo da OAB.

Ainda, assim como alguns decretos estaduais (por exemplo, o Decreto nº 55.588/2010-SP), destacamos o Decreto nº 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Devemos acompanhar o tema porque, com fundamento no art. 49, V, da CF/1988, alguns parlamentares apresentaram à Câmara dos Deputados o Projeto de DL nº 395/2016, objetivando sustar o referido Decreto presidencial. Trata-se de típico exemplo de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo, sustentando haver a necessidade de Lei Federal para tratar sobre o assunto. Em nosso entender, o ato presidencial não se enquadra nas hipóteses do art. 49, V, da CF/1988, já que não se trata de Decreto regulamentar, nem de Lei delegada.

Referido decreto, em nosso entender, tem caráter normativo primário e, assim, apresenta-se como verdadeiro Decreto autônomo nos termos do art. 84, VI, da CF/1988. Não trata de normatização do direito civil, mas de clara definição de procedimentos no âmbito da administração federal. Não altera o registro civil, mas apenas dispõe sobre o uso do nome social ("designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente

reconhecida") e o reconhecimento da identidade de gênero ("dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento"). Sem dúvida, um grande tema para ser acompanhado.

No sentido da decisão do STF no julgamento da referida ADI 4.275, destacamos, ainda, a Portaria nº 7/2018–PGR/MPU, que dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas transgênero usuárias dos serviços, pelos membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados, no âmbito do Ministério Público da União.

Finalmente, lembramos importante resposta a consulta formulada ao TSE em relação à expressão "cada sexo" contida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições.

Segundo se estabeleceu, a expressão "cada sexo" mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Res. nº 21.538/2003-TSE e demais normas de regência" (CTA nº 0604054-58.2017.6.00.0000, j. 2018).

Ainda, decidiu a Corte Eleitoral na referida consulta, embora devam os candidatos se registrar na Justiça Eleitoral com o nome civil, poderão concorrer com o nome social, indicado com exclusividade nas urnas eletrônicas.

19.9.5 O enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo pelo STF (ADO 26 e MI 4.733)

O STF, no julgamento da ADO 26 (em conjunto com o MI 4.733), de maneira inovadora, por 8 X 3, reconheceu o "estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem o art. 5º, XLI e XLII, da CF/1988, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT".

Assim, diante da existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, a Corte cientificou o Congresso Nacional, constituindo-o em mora formal, e enquadrou a homofobia e a transfobia como crime de racismo, estabelecendo a seguinte tese:

• "Até que sobrevenha Lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos no art. 50º, XLI e XLII, da CF/1988, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação

sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP);"

• "O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, j. 2019, Plenário."

19.9.6 A união estável pode ser reconhecida em relação a uma menor de 14 anos estuprada que veio a se casar com o agressor, para efeitos de extinção de punibilidade quando era admitida (antes da revogação do art. 107, VII, do CP)?

Conforme noticiado pelo STF, de acordo com os autos do RE 418.376, "... o réu estuprou uma sobrinha aos nove anos de idade e com ela manteve relações sexuais até os doze anos, quando a engravidou. A partir daí, os dois passaram a viver maritalmente e a defesa de José Adélio Franco de Moraes alega que ficou configurada a chamada união estável" (Notícias STF, 2006).

Configurada a união estável, tendo em vista que o fato ocorreu quando ainda vigorava o art. 107, VII, do CP (que prescrevia a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos no Título VI, Capítulo I, Capítulo II e Capítulo III, da Parte Especial do CP),[69] propunha-se a sentença absolutória.

O STF, no entanto, por 6 votos a 3, entendeu não se aplicar a extinção da punibilidade em razão da gravidade do crime, com violência presumida, dadas as circunstâncias de a vítima ser menor de 14 anos e o Estado ter o dever de coibir a violência no âmbito das

[69] O art. 107, VII, do CP foi revogado pela Lei nº 11.106/2005.

relações familiares (art. 226, § 8º, da CF/1988) e, ainda, o dever de proteger as crianças, os adolescentes e os jovens (art. 227, caput, da CF/1988). Por isso, a relação não poderia caracterizar-se como união estável.

Devemos lembrar que a Lei nº 12.015/2009 passou a denominar "estupro de vulnerável" (art. 217-A, CP) a hipótese em que a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso se verificar com vítima menor de 14 anos, lembrando, também, que a Lei estabeleceu como novo regime de apuração do crime de estupro a ação penal pública (condicionada ou incondicionada), situação que não admite a renúncia ou perdão tácitos, exclusivos da ação privada (cf. art. 225, CP). Dessa forma, o exemplo trazido serve para mostrar o posicionamento do Estado no que respeita às relações familiares.

Diante da previsão explícita no tipo penal da idade da vítima (menor de 14 anos), perde sentido a discussão sobre a sua maturidade ou o seu consentimento para a prática do ato, destacando-se, nesse sentido e na linha da proteção constitucional, a S. 593/STJ: "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente" (j. 2017, DJE de 2017).

19.9.7 Família: Assistência e proteção contra a violência doméstica. As particularidades da denominada Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4.424)

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, da CF/1988).

Percebam que essa proteção, dever do Estado, refere-se ao conceito amplo de entidade familiar, abrangendo, também, toda forma de união estável, e não somente a mulher, mas também o homem, filhos e quaisquer de seus integrantes.

Avançando, de modo específico, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além de dar outras providências, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em consonância com o art. 226, § 8º, da CF/1988, com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispondo sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como alterando o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

De acordo com o art. 5º, da Lei nº 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

• no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

• no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

• em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

No sentido dessa última disposição, destacamos a S. 600/STJ: "para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima" (j. 2017, DJE de 2017).

A Lei deixa claro, ainda, que as relações pessoais enunciadas no seu art. 5º, da Lei nº 11.340/2006 e acima transcritas independem de orientação sexual, sendo que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 2012, julgou procedente a ADC 19 para declarar a constitucionalidade dos art. 1º,[70] art. 33[71] e art. 41[72], da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo por fundamento o princípio da igualdade, bem como o combate ao desprezo às famílias, sendo considerada a mulher a sua célula básica.

O Tribunal, ainda, na mesma assentada, por maioria e também nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ADI 4.424 para, dando interpretação conforme aos art. 12, I,[73]

---

[70] Art. 1º, da Lei nº 11.340/2006: art. 1º – Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 225, § 8º, da CF/1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[71] Art. 33, da Lei nº 11.340/2006: art. 33 – Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único – Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

[72] Art. 41, da Lei nº 11.340/2006: art. 41 – Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995.

[73] Art. 12, I, da Lei nº 11.340/2006: art. 12 – Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada".

e art. 16,[74] da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), declarar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.

O então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso, ficou vencido ao sustentar que a autonomia da mulher, mesmo que vítima de violência, deveria prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana.

Em suma, de acordo com o STF, os crimes de lesão corporal, ainda que leve ou culposa, praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, são de ação penal pública incondicionada (entendimento esse reafirmado pela Corte no julgamento do ARE 773.765 RG/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2014, DJE de 2014).

Vejamos cada um desses itens.

19.9.7.1 Lei Maria da Penha: Instrumento de proteção efetiva dos direitos fundamentais

Determinou-se que, "ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado" (Inf. 654/STF).

A Lei Maria da Penha segue tendência do novo direito civil constitucional de se estabelecer o regramento não em código único, mas em destacados microssistemas, como o ECA, o Estatuto do Idoso etc., na linha do preconizado pelo princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

Nesse sentido de ampla proteção e de se coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do citado art. 226, § 8º, da CF/1988, e de documentos internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o STJ editou a S. 589/STJ: "é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas" (j. 2017, DJE de 2017).

---

[74] Art. 16, da Lei nº 11.340/2006: art. 16 – Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

19.9.7.2 Não aplicação, da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais)

O STF declarou constitucional o art. 41, da Lei nº 11.340/2006, confirmando a regra segundo a qual aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995, adequando-se esse entendimento aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Como decorrência desse entendimento, o STJ editou a S. 536/STJ: "a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito, da Lei Maria da Penha" (j. 2015, DJE de 2015).

19.9.7.3 Constitucionalidade das regras até que sejam estruturados os "Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher"

Avançando, a Corte entendeu constitucional a previsão de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, dessa forma, enquanto não estruturados, a previsão de serem acumuladas nas varas criminais as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Isso porque a Lei facultou a sua criação (art. 14, caput, e art. 29, da Lei nº 11.340/2006). No mais, trata-se de matéria de direito processual civil de competência da União, nos termos do art. 22, I, da CF/1988.

Em conclusão sobre esse ponto, "por meio do referido art. 33, a Lei Maria da Penha não criaria varas judiciais, não definiria limites de comarcas e não estabeleceria o número de magistrados a serem alocados nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Apenas facultaria a criação desses juizados e atribuiria ao juízo da vara criminal a competência cumulativa de ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, haja vista a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo o território nacional, às causas sobre a matéria" (Inf. 654/STF).

19.9.7.4 Crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher: Ação penal pública incondicionada

Evocando os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da igualdade substancial (art. 5º, I, da CF/1988), do dever, da Lei de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988), bem como a regra do art. 226, § 8º, da CF/1988, segundo a qual o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, o STF, dando interpretação conforme a Constituição, estabeleceu que a ação penal para a apuração dos delitos domésticos de lesão corporal leve e culposa contra a mulher independem de representação da vítima. Trata-se de ação penal pública incondicionada.[75]

A proteção constitucional perderia o seu sentido se, "verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher – autora da representação – decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão" (Inf. 654/STF).

Seguindo esse entendimento, a orientação agora também está pacificada no STJ: "a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada" (j. 2015, DJE de 2015).

Em face do exposto, o ditado popular tem de ser revisto: em briga de marido e mulher, o Estado, tomando conhecimento da lesão corporal (leve ou culposa) mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, deve meter a colher.

Finalmente, a Lei Maria da Penha determinou, em seu art. 41, da Lei nº 11.340/2006 a não aplicação das regras, da Lei nº 9.099/1995. Portanto, a necessidade de representação para crimes fixados em outros diplomas legais, como o Código Penal, ainda persiste. Dessa forma, exemplificando, nas hipóteses do CP, ainda se mostra indispensável a representação da vítima, como no crime de ameaça e nos cometidos contra a dignidade sexual.

---

[75] Como se verificou, o art. 41, da Lei nº 11.340/2006 estatuiu que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995. Assim, não se aplica o art. 88, da Lei nº 9.099/1995, que estabelece depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

19.9.8 Casamento: Regras gerais, gratuidade da celebração, efeito civil, liberdade de crença (centro espírita, candomblé, umbanda etc.)

O casamento é civil e é gratuita a celebração (art. 226, § 1º, da CF/1988).

Deve-se deixar claro que a gratuidade é da celebração, não alcançando, assim, o procedimento de habilitação para o casamento (art. 1.525 ao art. 1.532 do CC e art. 67 ao art. 69, da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), salvo quando se estiver diante de reconhecidamente pobres.

O art. 1.512, parágrafo único, do CC estabelece que a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas, da Lei.

O casamento religioso tem efeito civil, nos termos, da Lei (art. 226, § 2º, da CF/1988).

Nesse contexto, destacamos importante discussão decorrente do direito fundamental da liberdade de crença, culto e organização religiosa (art. 5º, VI ao VIII, da CF/1988).

Conforme já estudamos, desde o advento da República vigora em nosso país a separação entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial da República Federativa do Brasil.

Portanto, se não há religião oficial e se a liberdade de crença religiosa está assegurada, indagamos se o casamento em centro espírita ou mesmo em templo, catedral, sinagoga, terreiro, casa religiosa, enfim, o casamento celebrado por líder de qualquer religião ou crença teria o mesmo efeito civil do casamento realizado na religião católica, aplicando-se, por consequência, o art. 226, § 2º, da CF/1988.

O STF ainda não apreciou o tema, mas existem importantes julgados proferidos por Tribunais de Justiça.

Em primeiro lugar, destacamos julgado proferido pelo TJ-BA que garante o mesmo efeito estabelecido para o casamento religioso (da religião católica) ao casamento realizado em centro espírita, prestigiando a dignidade da pessoa humana e a liberdade religiosa:

"EMENTA: [...]. O casamento realizado num Centro Espírita, perante a autoridade reconhecida pela comunidade, tem validade jurídica e se equipara ao casamento celebrado perante autoridade pública, devendo ser registrado no registro próprio, observados os requisitos legais para o casamento" (MS nº 34.739-8/2005).[76]

Em igual sentido, a decisão proferida pelo TJ-RS:

"Nesse particular, entendo, primeiro, que o casamento no candomblé ou na umbanda tem o mesmo valor dos casamentos realizados nas religiões católicas e israelitas. Não

[76] Agradecemos ao Dr. Yure Ubaldino Rocha Soares pelo envio do Acórdão. Para conhecer o parecer favorável do MP, cf. ROTONDANO, José Edivaldo Rocha: *Ministério público entende que casamento em centro espírita pode ter efeitos civis.*

devemos valorar mais os pactos realizados em grandes sinagogas ou catedrais pomposas, pelo fato de o casamento ter sido realizado em terreiros. Em todas essas cerimônias, o que está em questão, antes de mais nada é a fé que cada um dos parceiros tem numa força sobrenatural. Além disso, vale também, a confiança nos padres, pais de santo, rabinos e pastores, legítimos representantes das entidades dignas de fé de cada um. Enfim, mais do que um frio e burocrático casamento civil, a relevância do casamento religioso centra-se em valores transcendentes que o direito deve aprender a reconhecer seus efeitos" (TJ/RS, AC 70003296555, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 2002).

19.9.9 Divórcio: forma de dissolução do casamento civil à luz, da EC nº 66/2010 e, do CPC

O casamento civil, na redação original do art. 226, § 6º, da CF/1988, podia ser dissolvido pelo divórcio, após: a) prévia separação judicial por mais de 1 ano nos casos expressos em lei; ou b) comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

Durante muito tempo, apenas o casamento com vínculo indissolúvel tinha a proteção por parte do Estado. Essa situação foi modificada pela EC nº 9/1977 (estabelecia-se como requisito a prévia separação judicial por mais de 3 anos) e depois regulamentada pela Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), estando a dissolução do casamento estabelecida no art. 226, § 6º, da CF/1988, como direito fundamental da pessoa humana.

Perceba-se que a literalidade da Constituição prevê o divórcio apenas para o casamento civil, e não para a união estável, a qual, reconhecida, por ser união de fato, sustentam os autores, pode ser "dissolvida" por situação fática ou acordo entre os conviventes.

O CPC, contudo, avançando, prescreveu amplo tratamento para o reconhecimento ou a dissolução da união estável, nivelando-a ao casamento (cf. art. 53, I, art. 73, § 3º, art. 189, II, art. 319, II, art. 600, parágrafo único, art. 620, II, art. 693, art. 732, art. 733 e art. 1.048, § 3º, do CPC).

Outro ponto que se analisava era se a Lei poderia estabelecer algum outro requisito para a conversão da separação em divórcio além do lapso temporal (alertando que a exigência de cumprimento de prazo era na regra antiga.).

É de mencionar o caso particular do art. 36, II, da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que permite contestação em ação de conversão de separação em divórcio ou divórcio direto alegando o descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

O STF enfrentou o tema e entendeu que referido dispositivo não foi recepcionado pela CF/1988. Assim, foi revogado, uma vez que a Constituição só exigia, como exclusivo requisito para conversão da separação em divórcio, o lapso temporal (cf. RE 387.271, j. 2007, DJE de 2008).

Toda essa discussão sobre o lapso temporal como requisito para o divórcio deixa de ter sentido diante da promulgação, da EC nº 66/2010, fruto da denominada "PEC do Amor", como fora apelidada, no Senado Federal, a PEC nº 28/2009.

Agora, pela nova regra contida no art. 226, § 6º, da CF/1988, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio; não há previsão de cumprimento de lapso temporal como requisito.

O divórcio, portanto, tendo em vista que a emenda entrou em vigor na data de sua publicação, poderá ser imediatamente implementado. Assim, em nosso entender, a EC nº 66/2010 revogou toda legislação infraconstitucional que ainda fazia menção à ação de separação judicial. Dessa forma, nesse ponto, o Código Civil está revogado (cf. art. 1.572 e segs. do CC).[77]

E o que fez o CPC?

Ao tratar, em um muito bem-vindo capítulo próprio sobre as ações de família, o art. 693, do CPC resgatou a já revogada ação de separação. Trata-se de disposição polêmica e que foi introduzida na última etapa do processo legislativo.

Em nosso entender, a nova regra está eivada de vício congênito de inconstitucionalidade. Estamos diante de ato nulo e que não encontra fundamento de validade na atual Constituição que, a partir, da EC nº 66/2010, não mais prevê a ação de separação.

Nessa linha, como bem esclareceu Flávio Tartuce, "... não vige mais o sistema bifásico de extinção da sociedade conjugal e do casamento. As ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada. Esse entendimento deve ser reafirmado, mesmo diante da emergência do Novo Código de Processo Civil. No máximo, aplicando-se os princípios processuais, da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio".[78]

Devemos destacar, contudo, apesar de o STF ainda não ter apreciado a matéria, a existência de decisões do STJ admitindo, mesmo após a EC nº 66/2010, a separação judicial. Vejamos: "1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (art. 1571, III e art. 1.577, do CC). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo

---

[77] Nesse sentido, por todos, cf. TARTUCE, Fernanda: *Processo civil aplicado ao direito de família.* Há corrente doutrinária ainda aceitando o cabimento da ação de separação judicial.

[78] TARTUCE, Flávio: *O CPC e o direito civil.* O entendimento firmado por Fernanda Tartuce, antes, do CPC, no sentido de não mais existir a ação de separação judicial – TARTUCE, Fernanda: *Processo civil aplicado ao direito de família.* Nessa mesma linha, cf. interessante trabalho de STRECK, Lenio Luiz: *Por que é inconstitucional "Repristinar" a separação judicial no brasil.*

que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (art. 1571, IV e art. 1.580, do CC). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. 2. A EC nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial" (REsp 1.247.098, j. 2017, 4ª T., DJE de 2017).

De maneira categórica, pedimos vênia para transcrever a ementa de julgado proferido pela 3ª Turma do STJ: 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. 2. A EC nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. 3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo CPC (art. 693, art. 731, art. 732 e art. 733, da Lei nº 13.105/2015). 4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. 5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. 6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato" (REsp 1.431.370/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, j. 2017, 3ª T., DJE de 2017).

Lembramos, finalmente, que as novidades trazidas pela Lei nº 11.441/2007, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa ("simplificação de procedimentos"), foram preservadas pelo CPC – art. 610, art. 611 e art. 733, do CPC com as nossas críticas em relação à separação.

19.9.10 Liberdade para o planejamento familiar: Dignidade da pessoa humana e paternidade responsável

Nos termos do art. 226, § 7º, da CF/1988, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A teor do art. 2º, da Lei nº 9.263/1996 (que regula o art. 226, § 7º, da CF/1988), entende-se por planejamento familiar "... o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de Constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal".

Nesse sentido, citamos duas ações do Estado:

• distribuição de preservativos: não só no carnaval, mas durante todo o ano, o que materializa o comando do art. 226, § 7º, da CF/1988;

• distribuição da "pílula do dia seguinte": ação nova que gerou muita polêmica no carnaval de 2008. "A pílula anticoncepcional de emergência (levonorgestrel 0,75 mg), também conhecida como pílula do dia seguinte, é um recurso anticoncepcional importante para evitar uma gravidez indesejada, após uma relação sexual desprotegida. [...] Não é abortiva, pois não interrompe uma gravidez estabelecida e seu uso deve se dar antes da gravidez. Os vários estudos disponíveis atestam que ela atua impedindo o encontro do espermatozoide com o óvulo, seja inibindo a ovulação, seja espessando o muco cervical ou alterando a capacitação dos espermatozoides. Portanto, o seu mecanismo de ação é basicamente o mesmo dos outros métodos anticoncepcionais hormonais (pílulas e injetáveis). [...] É um direito assegurado pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.263/1996, que regulamenta o planejamento familiar, o acesso das pessoas às informações, métodos e técnicas para a concepção e para a anticoncepção, cientificamente aceita e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas" (Nota Técnica do Ministério da Saúde).

19.9.11 Criança, adolescente e jovem (EC nº 65/2010)

A Constituição de 1988 avança na proteção à criança, ao adolescente e ao jovem (EC nº 65/2010), fixando diversos direitos fundamentais.

Cabe alertar que o Título VIII, Capítulo VII, da CF/1988, em sua redação original, tratava da proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Observava-se um "salto" da adolescência para a condição de idoso, havendo, assim, preocupante lacuna de proteção estatal (ao menos em termos de previsão constitucional e até de políticas públicas) em relação a representativa parte da população, que são os jovens.

Segundo o Parecer da Comissão especial destinada a analisar a PEC nº 138/2003, que "dispõe sobre a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais da juventude" e que veio a ser transformada, com modificações, na EC nº 65/2010, os jovens representam (dados de 2009) quase 50 milhões de brasileiros, com idade entre 15 e 29 anos, sendo que, nesse universo, cerca de 34 milhões estão entre os 15 e 24 anos.

A Constituição fazia alguma previsão em relação aos jovens, só que muito tímida:

• art. 24, XV, da CF/1988: "compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude";

• art. 7º, XXXIII, da CF/1988: "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos";

• art. 14, § 1º, II, "c", da CF/1988: "o alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos";

• art. 60, § 4º, do ADCT: "para efeito de distribuição de recursos dos Fundos a que se refere o art. 60, caput, I, do ADCT, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de jovens e adultos 1/3 (um terço) das matrículas no primeiro ano, 2/3 (dois terços) no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano".

Havia, também, a existência de uma Secretaria Nacional de Juventude, vinculada à Secretaria-Geral da Presidência da República, e o Conselho Nacional de Juventude, nos termos, da Lei nº 11.129/2005, implementado pela Lei nº 11.692/2008, que passou a reger o Programa Nacional de Inclusão de Jovens – Projovem.

Apesar dessas medidas, a previsão constitucional, repetimos, era muito tímida em relação à proteção específica dos jovens.

Foi nesse contexto que se promulgou a EC nº 65/2010, buscando, então, incentivar as atuações governamentais de apoio ao jovem, nessa fase tão difícil de sua vida, de transição entre a adolescência e a vida adulta, marcada por muitas incertezas e dificuldades.

De acordo com o Relatório da CCJ no SF, Parecer nº 297/2009-CCJ, nessa fase "... também se encontra a parte da população nacional atingida pelos piores índices de desemprego, evasão escolar e mortes por homicídio, sem falar dos problemas relativos à sexualidade, ao abuso de drogas e ao envolvimento com a criminalidade. Não amparados por serviços diferenciados e eficientes de apoio educacional, psicológico e médico, esses jovens vivenciam diariamente os conflitos inerentes à transição da adolescência para a vida adulta. Experimentam, nessa fase, via de regra, a saída da escola e da casa dos pais, a procura de trabalho, a prestação do serviço militar, o casamento e a constituição de uma nova família. Passam, portanto, de um estado de indefinição e dependência a outro de responsabilidade e autonomia, sem vislumbrar a presença do Estado em seu horizonte".

A proteção às crianças e aos adolescentes já era reforçada pela Convenção sobre os Direitos da Criança[79] e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990[80]) e, agora, a proteção aos jovens está prevista na Constituição pela EC nº 65/2010, devendo, na dicção do art. 227, § 8º, I, II, da CF/1988, ser editado o Estatuto da Juventude, destinado a

[79] Adotada pela Res. nº 44, da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, aprovada pelo DL nº 28/1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1990.

[80] Destacamos importante previsão estabelecida pela Lei nº 13.106/2015, que alterou referido Estatuto para tornar crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente. Ainda, não podemos nos esquecer, da Lei nº 13.431/2017, que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da CF/1988, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Res. nº 20/2005, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência, lembrando que a sua *vacatio legis* é de 1 ano a contar de sua publicação oficial (DOU de 2017).

regular os direitos dos jovens, bem como pelo Plano Nacional de Juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Nesse sentido, cumprindo o comando constitucional, a Lei nº 12.852/2013 instituiu o Estatuto da Juventude e dispôs sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE).

Para efeitos conceituais, de acordo com o art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a Lei nº 12.852/2013 (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.852/2013, na linha do que já estabelecia o art. 2º, da Lei nº 11.692/2008), considera-se:

• criança: a pessoa até 12 anos de idade incompletos. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) considera primeira infância o período que abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança;

• adolescente: a pessoa entre 12 e 18 anos de idade;[81]

• jovem: as pessoas com idade entre 15 e 29 anos de idade.

É dever da família, da sociedade e do Estado, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem (EC nº 65/2010), com absolut*a prior*idade, o direito (art. 227, caput, da CF/1988):

• à vida;

• à saúde;

• à alimentação;

• à educação;

• ao lazer;

• à profissionalização;

• à cultura;

• à dignidade;

• ao respeito;

---

[81] O Estatuto estabelece, ainda, que existirão casos expressos em Lei disciplinando a sua excepcional aplicação às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. Nesse sentido: "Mas, a questão que ora se enfrenta diz respeito ao efeito da superveniência da maioridade penal do socioeducando no curso da medida socioeducativa que lhe foi imposta. É evidente que a aplicação do ECA estará sempre dependente da idade do agente no momento do fato (art. 104, parágrafo único, do ECA). Contudo, afirmar que, atingindo a maioridade, a medida deve ser extinta é fazer "tábula rasa" do Estatuto. Isso porque esta seria inócua para aqueles que cometeram atos infracionais com mais de dezessete anos. Com efeito, no limite, adotada a tese de defesa, poder-se-ia admitir medidas socioeducativas com duração de apenas um dia, hipótese, data venia, incompatível com os seus objetivos. (...) A manutenção do infrator, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, sob o regime do ECA, em situações excepcionais, taxativamente enumeradas, longe de afigurar-se ilegal, tem como escopo, exatamente, protegê-lo dos rigores das sanções de natureza penal, tendo em conta a sua inimputabilidade, e reintroduzi-lo paulatinamente na vida da comunidade. O Juízo da Infância e Juventude, no caso sob exame, agiu corretamente ao determinar a progressão de regime do paciente, mantendo-o, todavia, nessa situação de semiliberdade, ainda que completados os dezoito anos, em atenção ao que dispõe o art. 121 do ECA, bem assim aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que regem o instituto da internação" (HC 90.129, Min. Ricardo Lewandowski, j. 2007, DJ de 2007).

• à liberdade;

• à convivência familiar e comunitária.

O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

• recursos públicos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

• portadores de deficiência: criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

19.9.12 Criança, adolescente e jovem: Proteção especial. Avanços trazidos pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)

O art. 227, § 3º, DA CF/1988, assegura à criança, ao adolescente e ao jovem direito à proteção especial, que abrangerá:

• proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos;

• idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, que deverá ser na condição de aprendiz até os 16 anos (art. 7º, XXXIII, da CF/1988);

• garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

• garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola (EC nº 65/2010);

• garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

• obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

• estímulo do Poder Público, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos, da Lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado (família substituta da família natural – art. 28 e s. do ECA);

• programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem (EC nº 65/2010) dependente de entorpecentes e drogas afins.

Como desdobramento dessa proteção especial por parte do Estado, o art. 227, § 4º, da CF/1988, estabelece que a Lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, e em reforço da garantia de proteção às crianças e aos

adolescentes e atendimento dos direitos, o constituinte determina a observância do art. 204, da CF/1988 – garantia de recursos orçamentários.

Importante lembrar, assim como já fizemos menção ao Estatuto da Juventude, a Lei nº 13.257/2016, que instituiu o Estatuto da Primeira Infância, estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

Para os efeitos desta lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança.

*A priori*dade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227, da CF/1988 e do art. 4º, da Lei nº 8.069/1990 (ECA), implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

• atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

• incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

• respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

• reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

• articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;

• adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

• articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;

• descentralizar as ações entre os entes da Federação;

• promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

19.9.13 Alienação parental

A Lei nº 12.318/2010 dispôs sobre a alienação parental, tema que deverá ser aprofundado no direito civil.

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.318/2010, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (nesse mesmo sentido, classificando a alienação parental como violência psicológica, cf. art. 4º, II, "b", da Lei nº 13.431/2017).

A lei, de maneira interessante, enumera formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

• realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

• dificultar o exercício da autoridade parental;

• dificultar contato da criança ou adolescente com genitor;

• dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

• omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

• apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

• mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Dessa forma, a prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou adolescente à convivência familiar saudável, prejudica as relações de afeto com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

19.9.14 Adoção

19.9.14.1 Regras gerais sobre adoção

Nos termos do art. 227, § 5º, da CF/1988, a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma, da Lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros, estando a matéria disciplinada especialmente na Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/2009).

A adoção obedecerá a processo judicial, e os seus efeitos, por regra, só começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Respeitando a dignidade da pessoa humana, o art. 227, § 6º, da CF/1988 dispõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, inclusive sucessórios, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 778.889, por 8 x 1, estabeleceu a seguinte tese ao julgar o tema 782 da repercussão geral: "os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada" (j. 2016, DJE de 2016. Cf. item 15.2.10.2).

Esse tratamento não discriminatório deverá ser observado, também, se a adoção for realizada por entidade familiar constituída por união estável.

19.9.14.2 Abertura da sucessão antes do advento da CF/1988. Inaplicabilidade do art. 227, § 6º, da CF/1988. Posição do STF na AR 1.811

A importante conquista estabelecida no art. 227, § 6º, da CF/1988, que assegura a impossibilidade de qualquer tratamento discriminatório entre filhos biológicos (frutos ou não da relação de casamento) ou adotivos, foi analisada pelo STF no julgamento da AR 1.811 (j. 2014).

Em um primeiro momento, a 1ª Turma do STF negou a uma filha adotiva o direito a herança relacionado à sucessão que se deu em 1980. Entenderam os Ministros que esta deveria ser regida pela Lei vigente à época, que, no caso, fazia distinção em relação aos filhos adotivos (RE 231.223).

Proposta a ação rescisória, objetivava a filha adotiva a desconstituição da coisa julgada firmada no primeiro julgamento, requerendo, então, a aplicação da regra contida no art. 227, § 6º, da CF/1988, que teria confirmado o disposto no art. 51, da Lei nº 6.515/1977, que não previa qualquer discriminação.

O STF, contudo, por maioria (6 x 3), entendeu que o art. 51, da Lei nº 6.515/1977 (não discriminatório) teria como destinatários apenas os filhos biológicos, e não os adotivos, que, no caso, eram disciplinados pelo art. 377 do CC/1916 (discriminatório) e que veio a ser revogado apenas com a promulgação, da CF/1988. Assim ficou estabelecida a ementa:

"EMENTA: [...]. A sucessão regula-se por Lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da

CF/1988. Precedente: RE nº 163.167–SC, Relator Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ de 1995" (AR 1.811, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2014).

Com o máximo respeito, entendemos que a divergência tinha razão, nos termos do voto do Min. Cezar Peluso, acompanhado por Ayres Britto e Cármen Lúcia. Os Ministros vencidos sustentavam que todas as normas, inclusive as do CC/1916, seriam inconstitucionais por afrontar o princípio da isonomia, que, naturalmente, era assegurado na Constituição anterior. A atual Constituição apenas teria explicitado uma regra que já deveria estar reconhecida.

Abominamos qualquer tipo de discriminação e entendemos que a Corte teria elementos para aferir esse vício de inconstitucionalidade de norma anterior à CF/1988 perante a Constituição que vigia à época de sua aplicação, tanto que essa falta de compatibilização é um dos fatores para se reconhecer a não recepção do ato normativo e, portanto, a sua revogação (cf. item 4.8.1).

Quem sabe, no futuro, possa a Corte rever esse posicionamento que acabou, na prática, gerando discriminação entre os filhos já que, inegavelmente, a convivência entre eles continuará durante a vigência do texto de 1988. Partindo da premissa (para nós, falsa) de que o art. 227, § 6º, da CF/1988, não se aplica para situações que se consumaram antes de 1988, nas hipóteses de leis discriminatórias em relação a filhos biológicos ou adotivos, ficamos imaginando duas adoções, uma antes de 1988, sem eventual determinado direito, e outra, já na vigência da Constituição, com o reconhecimento desse direito. Inegavelmente, um complicado paradoxo.

19.9.14.3 Adoção internacional

A adoção internacional, regulada pelo ECA e não pelo CC, (a teor dos art. 51 e art. 52 do ECA) e, também, pela Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional (Decreto nº 3.087/1999), caracteriza-se como o único modo de colocação em família substituta estrangeira. Interpretando o art. 31, do ECA, parece constituir medida excepcional, e, assim, caminha a doutrina e a jurisprudência no sentido de preferir a adoção por brasileiro ou estrangeiro residente no País àquela para fora do Brasil (internacional).[82] De qualquer forma, acima de tudo, no caso concreto, deverá o juiz observar o interesse do adotando.

19.9.14.4 Adoção por casal homoafetivo ou transexual

[82] Nesse sentido, cf. REsp 196.406, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1999.

Conforme já verificamos, admitimos a proteção, por parte do Estado, da entidade familiar formada pela união homoafetiva ou por casal transexual.

Desde que haja minucioso estudo psicossocial por equipe multidisciplinar e reconhecimento pelo juiz, sempre buscando o melhor para o adotando, parece-nos possível a adoção por casal homoafetivo (ou transexual), consoante entendeu o TJ–RJ: "a afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado..." (AC 14.332/1998, 9ª C. Cív., Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, DORJ de 1999).

Em outro caso, dentre tantos já apreciados pelo Judiciário brasileiro, o MP do Paraná questionou o pedido de adoção feito por casal homoafetivo, já que a criança era menor de 12 anos e, assim, não poderia exprimir e opinar sobre a sua vontade. Ainda, discutiu o sexo do menor.

O TJPR, de maneira interessante, negou o pedido feito pelo MP. Vejamos a ementa do acórdão: Apelação cível. Adoção por casal homoafetivo. Sentença terminativa. Questão de mérito e não de condição da ação. Habilitação deferida. Limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a Lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento".

Contra essa decisão, foi interposto recurso extraordinário para o STF. A Min. Cármen Lúcia negou seguimento ao recurso por estar o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento firmado pela Corte na ADI 4.277 e na ADPF 132 (RE 846.102, j. 2015, DJE de 2015).[83]

19.9.15 Direito de ação de investigação de paternidade: A problemática da submissão coercitiva ao exame de DNA

Não resta dúvida de que a Constituição assegura como direito fundamental a ação de investigação de paternidade, uma vez que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

[83] Em 2010, o Min. Marco Aurélio negou seguimento ao RE 615.261 que tratava do mesmo assunto. O fundamento, contudo, foi processual, pelo fato de não ter o Tribunal do Paraná discutido a questão à luz do art. 226 da CF/1988.

A questão que se coloca é se seria admitida a condução coercitiva para o exame de DNA.

Por regra, o STF entende que "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império, da Lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (HC 71.373, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1994, DJ de 1996).

A inadmissibilidade da submissão coercitiva ao exame de DNA é a regra. Contudo, em outro julgado, o pleno do STF determinou a realização (contra a vontade da suposta mãe) do exame de DNA na placenta da cantora mexicana Gloria Trevi, cujo filho teria sido, conforme acusado, fruto de estupro ocorrido nas dependências da Polícia Federal.

No caso concreto, os Ministros entenderam que o interesse público prevaleceu sobre o particular da suposta mãe: "Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. [...] Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho – ao direito fundamental à honra (art. 5º, X, da CF/1988), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho" (Rcl 2.040-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, em j. 2002, DJ de 2003).

Esse segundo julgado está na linha do que defendeu Alexandre de Moraes ao criticar a regra geral adotada pelo STF no sentido da prevalência do direito da intimidade e intangibilidade do corpo humano.

Segundo o ilustre autor, enaltecendo os princípios da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, convivência das liberdades públicas, concordância das normas constitucionais, há importante decisão trazida por Francisco Llorente, do Supremo Tribunal Constitucional espanhol, "... que entendeu que os direitos constitucionais à intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima

relação com o respeito a possíveis vínculos familiares (LLORENTE, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*)".[84]

Finalmente, conforme já estudado no item 6.7.1.17.4.4, analisando o instituto da coisa julgada, em situação excepcionalíssima, o STF afastou a alegação de segurança jurídica (coisa julgada) para fazer valer o direito fundamental que toda pessoa tem de conhecer as suas origens ("princípio" da busca da identidade genética), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA.

A decisão foi tomada, em 2011, por 7 x 2, no julgamento do RE 363.889, concedendo à recorrente o direito de, depois de mais de 10 anos, voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do exame de DNA, tendo em vista que, na primeira decisão, embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as custas para realização do exame genético e o Estado se recusou em implementá-la, caracterizando-se, então, circunstâncias alheias à sua vontade (no referido item, cf. discussões envolvendo a decisão proferida pela 3ª T. do STJ, no julgamento do REsp 1.562.239/MS, em 2017, que inadmitiu a desconstituição da coisa em razão de a recusa ter sido injustificada, caracterizando conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva).

Cabe destacar, no caso do precedente do STF, o voto vencido do Min. Marco Aurélio, que, dentre outros aspectos, apontou a inexistência de efeito prático da decisão que acabava de ser tomada, na medida em que, como afirmou, "o demandado (suposto pai) não pode ser obrigado a fazer o exame de DNA", realçando que a negativa de realização do exame não leva à presunção absoluta de que é verdadeiramente o pai.

19.9.16 Portadores de deficiência

19.9.16.1 Proteção constitucional

A proteção e o amparo aos portadores de deficiência apareceram em sede constitucional somente com EC nº 12/1978, projeto de autoria do Deputado Federal Thales Ramalho.

Na Constituição de 1988, essa preocupação é encontrada em vários dispositivos, a saber:

• art. 7º, XXXI, da CF/1988 – é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

• art. 23, II, da CF/1988 – é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

---

[84] MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.*

• art. 24, XIV, da CF/1988 – compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

• art. 37, VIII, da CF/1988 – a Lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

• art. 40, § 4º, I, da CF/1988 – garantia de direito à aposentadoria especial para os servidores portadores de deficiência, nos termos definidos em Lei Complementar;

• art. 201, § 1º, da CF/1988 – garantia de direito à aposentadoria especial para os beneficiários do regime geral de previdência social, nos termos definidos em Lei Complementar, nos termos, da EC nº 103/2019;

• art. 203, IV, da CF/1988 – a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo, dentre outros, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

• art. 203, V, da CF/1988 – a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo, dentre outros, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;[85]

• art. 208, III, da CF/1988 – o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

• art. 227, § 1º, II, da CF/1988 – o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo, dentre outros preceitos, à criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação;

• art. 227, § 2º, da CF/1988 – a Lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência;

• art. 244, da CF/1988 – a Lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir

---

[85] A título de informação, cabe observar que o STF, apreciando o tema 173 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da CF/1988, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais" (RE 587.970, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2017).

acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º, da CF/1988.

19.9.16.2 Convenções internacionais sobre direitos humanos com "status" constitucional

Ampliando as garantias constitucionais acima expostas, conforme já tão apontado neste trabalho, destacamos o DL nº 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 2007, promulgados pelo Decreto nº 6.949/2009, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/1988).

Em seu preâmbulo estabelece-se que a "deficiência" é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

De acordo com o art. 2º, do DL nº 186/2008, para os propósitos da Convenção, "discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Destacam-se, ainda, como princípios da Convenção:

• o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;

• a não discriminação;

• a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

• o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

• a igualdade de oportunidades;

• a acessibilidade;

• a igualdade entre o homem e a mulher;

• o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Outro ponto a ser destacado é o art. 30.3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, que estabelece o seguinte comando: "os

Estados Partes deverão tomar todas as providências, em conformidade com o direito internacional, para assegurar que a legislação de proteção dos direitos de propriedade intelectual não constitua barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais".

Em razão desse dispositivo, o Brasil, internamente, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (Lei nº 13.146/2015).

O art. 68, da Lei nº 13.146/2015, estabelece que o poder público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, à edição, à difusão, à distribuição e à comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em publicações da administração pública ou financiadas com recursos públicos, com vistas a garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação.

Além disso, nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou a atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, o poder público deverá adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofertem sua produção também em formatos acessíveis.

Complementando essa garantia assegurada no Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2013 o Brasil assinou o Tratado de Marraqueche "para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso".

Esse tratado, que entrou em vigor no plano internacional em setembro de 2016, a partir da adesão do Canadá, o 20º Estado parte, conforme determina o seu art. 18, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, foi incorporado na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988, e, portanto, tem status constitucional. No tocante ao direito brasileiro, o Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do DL nº 261/2015, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 9.522/2018.

Entendemos que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e o Tratado de Marraqueche não se excluem. Muito pelo contrário, se complementam. O fato de o Estado brasileiro já ter normas mais protetivas não inviabiliza a convivência dos diplomas.

Jamais poderá se sustentar que o tratado – que possui status constitucional e tem uma previsão de proteção menor (apenas analisando essa situação em tese e para argumentar) – teria revogado o estatuto. Nada impede que um documento de maior hierarquia fixe um patamar mínimo de proteção e este seja ampliado por lei.

19.9.16.3 Outras proteções infraconstitucionais

O citado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) também estabelece a obrigatoriedade de atendimento educacional especializado e inclusivo aos portadores de deficiência (nesse sentido, o art. 24, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, com caráter constitucional), não só como responsabilidade e dever do Estado como, também, das instituições privadas, proibindo a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas (art. 28, § 1º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo).

O STF, no julgamento da ADI 5.357, entendeu ser constitucional a previsão desse dever também para as instituições privadas, afirmando que a regra do art. 208, III, da CF/1988, não afasta a responsabilidade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência e as medidas de adaptação, sem o repasse de qualquer ônus financeiro (j. 2016, DJE de 2017).

Em seu voto, o Min. Fachin observa: "à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver".

A inclusão social do deficiente está estabelecida como garantia constitucional, lembrando, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se admitindo a intolerância, o ódio e qualquer forma de discriminação.

Ainda, em termos normativos, lembramos as Lei nº 7.853/1989 e Lei nº 10.098/2000 (Lei da Acessibilidade), uma vez que, conforme visto, a Constituição estabelece expressa previsão de proteção para a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, § 1º, II, da CF/1988).

A Lei nº 11.982/2009 incluiu o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 10.098/2000, o qual prescreve, de maneira bastante interessante, que os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível.

Por sua vez, a Lei nº 13.825/2019 acrescentou novas regras à Lei nº 10.098/2000, para estabelecer a obrigatoriedade de disponibilização, em eventos públicos e privados, de banheiros químicos acessíveis a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei nº 13.835/2019 alterou a referida Lei da Acessibilidade para assegurar às pessoas com deficiência visual o direito de receber cartões de crédito e de movimentação de contas bancárias com as informações vertidas em caracteres de identificação tátil em braile.

A Lei nº 13.370/2016 altera o art. 98, § 3º, da Lei nº 8.112/1990 para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza, revogando a exigência de compensação de horário.

A Lei nº 13.409/2016 altera a Lei nº 12.711/2012 para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino.

Finalmente, cabe destacar, dentre outras normas, a Lei nº 13.301/2016 ("Lei do Mosquito"), que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika.

O art. 18, da Lei nº 13.301/2016, estabelece que fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20, da Lei nº 8.742/1993 (cf. discussão no item 3.3), pelo prazo máximo de 3 anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo Aedes aegypti.

Pois bem. Se a própria Lei considera a microcefalia uma situação de deficiência, não faz sentido a limitação de recebimento do benefício pelo prazo máximo de 3 anos, nem a sua exclusão enquanto estiver sendo concedido o salário-maternidade (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.742/1993), pois são institutos distintos. O tema será enfrentado pelo STF no julgamento da ADI 5.581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP em 2016 (pendente).

A MP 894/2019 altera a lógica da temporariedade do benefício instituindo pensão especial mensal, vitalícia e intransferível, que terá o valor de um salário mínimo, destinada a crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus, nascidas entre 2015 e 2018, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (no momento do estudo, verificar a tramitação da MP que, inclusive, revoga o art. 18, da Lei nº 13.301/2016 – pendente).

19.9.17 Inimputabilidade penal

Nos termos do art. 228, da CF/1988, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Muito se cogita a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos. Para tanto, o instrumento necessário seria uma Emenda à Constituição e, portanto, manifestação do poder constituinte derivado reformador, limitado juridicamente.

Neste ponto, resta saber: eventual Emensa à Constituição que reduzisse, por exemplo, de 18 para 16 anos, a maioridade penal violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988)?

Embora parte da doutrina assim entenda,[86] para nós é possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada.

Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioridade penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano.

Observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "timbra o texto, no art. 228, da CF/1988, em consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se recordar que o direito de votar – a maioridade política – pode ser alcançado aos dezesseis anos...".[87]

19.9.18 Dever de reciprocidade entre pais e filhos

Segundo a proposta elaborada pela Comissão Afonso Arinos, o art. 229, da CF/1988 traz importante regra da vida: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

19.9.19 Idosos

19.9.19.1 Princípios da solidariedade e proteção à luz da "reserva do possível"

À luz dos princípios da solidariedade e proteção, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida[88] (art. 230, da CF/1988).

---

[86] Nesse sentido, ver DOTTI, René Ariel: *Curso de direito penal*, e SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

[87] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional.*

[88] Especialmente para as provas de MP, cf. interessante Cartilha do Idoso.

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Nesse contexto, os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

A Lei nº 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso) e a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) consideram idoso toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, tendo a Lei nº 13.466/2017 assegurado prioridade especial aos maiores de 80 anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos, destacando-se os casos de atendimento de saúde, exceto em caso de emergência, ou de tramitação de processos judiciais.

A velhice (idade avançada – idosos) tem proteção como direito previdenciário (art. 201, I, da CF/1988) e como direito assistencial (art. 203, I e V, da CF/1988).

Porém, como anotam Mendes, Coelho e Branco, as políticas públicas de proteção ao idoso devem conciliar-se com os recursos orçamentários (art. 117, do Estatuto do Idoso). "Noutras palavras, em que pesem as generosas promessas desse Estatuto, aqui, como em tudo o que diz respeito à efetivação de direitos sociais, reina, impiedosa, a reserva do possível".[89]

19.9.19.2 Idoso e transporte público: "constitucionalismo fraternal" ou "altruístico" – "ações distributivistas e solidárias" – "direito fraternal"

A regra do art. 230, § 2º, da CF/1988, garante aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Em nosso entender, trata-se de norma de eficácia plena, que, portanto, independe de complementação infraconstitucional.

Tal previsão constitucional é disciplinada pelo art. 39 do Estatuto do Idoso, que assegura aos maiores de 65 anos de idade a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares, dispositivo declarado constitucional pelo STF (ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2007, DJ de 2007).

Nesse caso concreto, o Min. Carlos Ayres Britto observou que a relatora havia retratado "o advento de um novo constitucionalismo fraternal ou, como dizem os italianos, "altruístico",

---

[89] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Tratado de direito constitucional.*

com ações distributivistas e solidárias". Segundo ele, "não se trata de um direito social, mas de um direito fraternal para amainar direitos tradicionalmente negligenciados" (Notícias STF, 2007).

19.9.19.3 Celeridade do processo e crimes praticados contra os idosos

Conforme já estudamos no item 14.10.37.2, o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) estabelece que aos crimes previstos na referida Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995 (Juizados) e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Esse dispositivo foi questionado na ADI 3.096, ajuizada pelo PGR, e entendeu o STF que a aplicação, da Lei nº 9.099/1995 é apenas em relação aos aspectos processuais, buscando, na ideia de efetividade do processo, que este termine mais rapidamente, até porque a vítima é idosa (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

19.9.19.4 Estelionato contra idoso

A Lei nº 13.228/2015 alterou o Código Penal e estabeleceu uma causa de aumento de pena para o crime de estelionato, quando for cometido contra idoso, aplicando-se a pena em dobro (art. 171, § 4º, do CP).

Na justificação do projeto de Lei aponta-se a fragilidade dos idosos que são vítimas de quadrilhas especializadas, que se valem dessa condição de vulnerabilidade da vítima para tirar proveito.

Conforme visto, o conceito de idoso – para complementar a prescrição do Código Penal – é dado pelo Estatuto do Idoso, qual seja, toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

Em nosso entender, por força do art. 5º, XL, da CF/1988 – a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu – a nova regra não poderá ser aplicada em relação a crimes praticados antes de sua vigência, salvo, pensamos, nas hipóteses de continuidade delitiva, nos termos da S. 711/STF ("a Lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência").

19.10 Índios

19.10.1 Os índios no constitucionalismo brasileiro

Analisando as Constituições brasileiras, percebe-se que foi somente na de 1934 que apareceu pela primeira vez a proteção aos índios, naquele texto denominados silvícolas.

Como já visto no item 2.6.5, a Constituição de 1934 inaugura a ideia de Constituição social, sofrendo forte influência da Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919, evidenciando-se, assim, os direitos de segunda dimensão sob a perspectiva do Estado Social de Direito (democracia social).

A proteção aos silvícolas foi mantida nos textos que seguiram (CF/1937, CF/1946, CF/1967 e EC nº 1/1969), atingindo ampla previsão na CF/1988,[90] que substituiu a expressão "silvícola" ("aquele que nasce ou vive na selva; selvagem" – Dicionário Aurélio) por índios.[91]

19.10.2 Proteção das "minorias nacionais" e a importância da "terra"

Em relação à proteção das minorias, conforme se observa no site da PGR, sobressai o importante papel da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional dos Procuradores da República, no tocante aos temas relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas, tendo especial atenção:

- os quilombolas;[92]
- as comunidades extrativistas;
- as comunidades ribeirinhas e os ciganos.

"Todos esses grupos têm em comum um modo de vida tradicional distinto da sociedade nacional de grande formato. De modo que o grande desafio para a 6ª CCR, e para os Procuradores que militam em sua área temática, é assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva étnica e cultural, tal como constitucionalmente determinada".[93]

---

[90] Cf. os seguintes art. 20, XI, art. 22, XIV, art. 49, XVI, art. 109, XI, art. 129, V, art. 176, § 1º, art. 210, § 2º, art. 215, § 1º, art. 231, art. 232 e art. 67 do ADCT.

[91] O art. 3º, I, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) considera as expressões índio ou silvícola sinônimas, definindo-os como "... todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional". Por sua vez, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 6.001/1973, comunidade indígena ou grupo tribal caracteriza-se como "... um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados".

[92] O art. 68, do ADCT, estabelece que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. A regulamentação do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos está prevista no Decreto nº 4.887/2003, que foi questionado no STF na ADI 3.239 e afeta cerca de 3.000 comunidades. Em 2018, o STF, por 8 x 3, declarou a validade do referido decreto, julgando improcedentes os pedidos formulados na ação, assegurando-se, por consequência, a titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

[93] Site da PGR: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/apresentacao/apresentacao_txt.

Nesse contexto, a terra adquire um particular significado como instrumento de consagração do direito fundamental da moradia (art. 6º, da CF/1988) e, assim, da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/1988).

Segundo assentou o Min. Ayres Britto, no julgamento da ACO 312, a terra, para o índio, "... não é um objeto redutível à pecúnia e passível de transação, a terra para os índios é um totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente, mantendo com ele, o índio, uma relação umbilical, porque ela carrega consigo, a terra indígena, essa noção de atemporalidade, porque nela, para o índio, estão presentes a ancestralidade, a coetaneidade e a posteridade" (j. 2012).

O STF, em momento seguinte, no julgamento da ADI 4.269, em 2017, conferiu ao art. 4º, § 2º, da Lei nº 11.952/2009 interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, a fim de se afastar qualquer sentido de regularização fundiária das terras públicas ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de modo a descaracterizar a apropriação da terra por esses grupos, reforçando o seu significado para as referidas comunidades: "eles mantêm uma relação com a terra que é mais do que posse ou propriedade. É uma relação de identidade...", nos termos da Constituição e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (Inf. 882/STF).

Bem anota Daniel Sarmento que, nessas comunidades, a terra caracteriza-se como importante mecanismo para manter a união do grupo, permitindo, dessa forma, a sua continuidade ao longo do tempo, assim como a preservação da cultura, dos valores e de seu modo particular de vida dentro da comunidade.

Consequentemente, continua o ilustre professor, "privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado pela sociedade envolvente...". E completa: "por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas. *Mutatis mutandis*, romper os laços de um índio ou de um quilombola com o seu grupo étnico é muito mais do que impor o exílio do seu país para um típico ocidental".[94]

19.10.3 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

19.10.3.1 Bens da União. Terras destinadas à posse permanente dos índios: Bens públicos de uso especial

[94] SARMENTO Daniel: *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. parecer de 2006

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, apesar de consideradas bens da União (art. 20, XI, da CF/1988), destinando-se à posse permanente dos silvícolas, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

A vinculação à União está reforçada no art. 22, XIV, da CF/1988, que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre populações indígenas.

Por essas características e por possuírem destinação específica, embora não previstas expressamente no art. 99, II, do CC, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios podem ser classificadas como bens públicos de uso especial.

Em relação a essa regra, qual seja, o conceito segundo o qual as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, devemos lembrar uma exceção bastante peculiar.

De acordo com o art. 64, da CF/1891, pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

"As terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes da CF/1891, por haverem perdido o caráter de bens destinados a uso especial, passaram à categoria de terras devolutas. Uma vez reconhecidos como terras devolutas, por força do art. 64 da CF/1891, os aldeamentos extintos transferiram-se ao domínio dos Estados" (ADI 255, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2011, Plenário, DJE de 2011. No mesmo sentido: RE 212.251, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 1998, 1ª T., DJ de 1998).

Esse exemplo nos faz resgatar a S. 650/STF que reflete o entendimento no sentido de deixar de considerar "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" e, portanto, bens da União (art. 20, I e XI, da CF/1988), as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

Dentro desse contexto, o STF, no julgamento da Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol – cf. item 19.10.7.2) – e que tem servido de paradigma para o julgamento de questões envolvendo a demarcação de terras indígenas, definiu a necessidade de se observar a data da promulgação, da CF/1988 como sendo o marco temporal para se verificar se a terra estava ou não ocupada por índios.

Dessa forma, não se inclui no conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" aquelas que eram ocupadas no passado e não o são mais, estando extintos os aldeamentos, nem aquelas que venham a ser ocupadas a partir da promulgação da Constituição. Em razão da importância, pedimos vênia para citar parte do referido voto: 1. o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas

que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada na Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine" (voto do Min. Ayres Britto).

A única exceção que foi destacada em referido julgado refere-se às situações de "esbulho renitente", constatado diante de "situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios" como ilegítima e, assim, diante das disputas, permitir fosse reconhecido o caráter da tradicionalidade.[95]

19.10.3.2 Conceito

Caracterizam-se como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, consoante o art. 231, § 1º, da CF/1988, aquelas que, necessariamente, apresentam as seguintes indissociáveis características:

- são habitadas em caráter permanente;
- são utilizadas para as atividades produtivas dos índios;
- são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar;
- são necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

[95] Tanto a definição do "marco temporal" como a situação do "esbulho renitente" foram enfrentadas pelo STF (e mantidas na linha do precedente firmado na Pet 3.388), destacando-se (apesar de ser decisão de Turma e não do Plenário): RMS 29.087, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 2014, 2ª T. DJE de 2014; ARE 803.462-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2014, 2ª T. DJE de 2015.

19.10.3.3 Nulidade e extinção dos atos que atentem contra as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 6º, da CF/1988).

A única exceção trazida pela CF/1988 a não caracterizar a nulidade e a extinção dos atos refere-se aos atos que se apresentem como de relevante interesse público da União, segundo o que dispuser Lei Complementar.

Por consequência, a nulidade e a extinção de referidos atos não gerarão nenhum direito a indenização ou a ações contra a União, em face do órgão de assistência do índio (Fundação Nacional do Índio – FUNAI,[96] vinculada ao Ministério da Justiça) ou perante os próprios silvícolas, salvo, na forma do que dispuser a lei, no tocante às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Naturalmente, nessa única hipótese indenizatória, a ação deverá ser proposta em face da União, e não dos índios ou da FUNAI, uma vez que é a União a responsável por "... velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, que são bens dela".[97]

Para citar um exemplo, temos a ACO 312, que foi ajuizada em 1983 e julgada quase 30 anos depois, em 2012, tendo como parâmetro o art. 198, da EC nº 1/1969.

Tratava-se de ação civil originária, ajuizada pela FUNAI e pela União, objetivando a declaração de nulidade de títulos de propriedade sobre imóveis rurais localizados na área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, no sul da Bahia, que seria ocupada, desde tempos remotos, pelos índios Pataxó Hã-hã-hãe.

Entendeu o STF que "a demarcação prévia da área abrangida pelos títulos não seria, em si, indispensável ao ajuizamento da própria ação e que o STF poderia examinar se a área seria ou não indígena para decidir pela procedência ou não do pedido" (Inf. 664/STF).

Ainda, por maioria, o STF declarou a nulidade de todos os títulos de propriedade rural expedidos pelo Governo da Bahia cujas glebas se localizavam dentro da área da Reserva Indígena.

---

[96] Cf. Lei nº 5.371/1967 e Decreto nº 7.778/2012

[97] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

19.10.4 Indigenato: Fonte para o direito dos índios sobre as suas terras

A expressão "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não tem nada que ver com o tempo de sua ocupação, não estando, portanto, relacionada a qualquer situação temporal, mas, sim, ao modo tradicional de ocupação das terras pelos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Consagra-se, então, a ideia do indigenato, ou seja, a tradição iniciada, segundo José Afonso da Silva, pelo Alvará de 1680, confirmado pela Lei de 1755, de sempre respeitar o direito dos índios sobre as terras.

Diz o mestre que "... o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é um título adquirido...". Assim, "... em face do direito constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles".[98]

Dessa forma, "... a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas de direito civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana".[99]

19.10.5 Usufruto exclusivo dos índios e a mineração em terras indígenas

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Não obstante essa regra geral, autoriza-se o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, dependendo, para tanto, de expressa e formal autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e desde que se assegure aos índios, na forma, da Lei, a participação nos resultados da lavra (art. 231, § 3º, da CF/1988).

Referido processo de autorização se implementa, nos termos do art. 49, XVI, da CF/1988, por meio de Decreto Legislativo, materializando competência exclusiva, portanto indelegável, do Congresso Nacional.

---

[98] *Ibidi.*
[99] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

A análise do Congresso Nacional deverá levar em consideração o princípio da prevalência dos interesses indígenas, tanto que o art. 176, § 1º, da CF/1988, estabelece que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas só poderão ocorrer desde que observados os critérios e condições específicas definidos em lei.

A restrição é tamanha que nem mesmo as atividades garimpeiras, em cooperativa ou não, serão admitidas dentro das terras indígenas, salvo, naturalmente, as atividades garimpeiras desenvolvidas pelos próprios silvícolas, uma vez que, conforme visto, eles têm o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 7º, c/c o art. 174, § 3º e § 4º, da CF/1988).

19.10.6 Regras constitucionais para a remoção dos grupos indígenas

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (art. 231, § 5º, da CF/1988).

Em qualquer dessas hipóteses, logo que cesse o risco, deve-se garantir o retorno imediato dos índios ao seu habitat.

Nesse contexto, há interessante decisão do STF no tocante à intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha em CPI:

"EMENTA: [...] Comissão Parlamentar de Inquérito: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu habitat: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (art. 215, art. 216 e art. 231, da CF/1988). 1. A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (art. 231, § 5º, da CF/1988). 2. A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. 3. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao "homem branco" pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. 4. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja

agressão aos seus usos, costumes e tradições" (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2001, DJ de 2005).

19.10.7 Demarcação das terras indígenas

19.10.7.1 Aspectos gerais

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, caput, da CF/1988).

As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI, vinculada ao Ministério da Justiça[100]), serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido no Decreto nº 1.775/1996, devendo referida demarcação administrativa ser aprovada por Portaria do Ministro da Justiça, que será homologada pelo Presidente da República e, posteriormente, registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

Entendeu o STF ser dispensada a manifestação do Conselho de Defesa Nacional durante o processo homologatório, mesmo que a terra indígena se situe em região de fronteira (MS 25.483, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2007, DJ de 2007).

Por sua vez, o art. 67, do ADCT, fixou o prazo de 5 anos a partir da promulgação da Constituição para a União concluir a demarcação das terras indígenas.

Tal trabalho, contudo, ainda não está finalizado. Apesar disso, não se pode dizer que os índios não tenham os seus direitos assegurados, pois independem de demarcação.

Podemos afirmar, então, que o art. 67, do ADCT, não previu prazo decadencial para a demarcação, tratando-se de prazo programático, e não peremptório. A regra deve ser entendida como instrumento para estimular a demarcação, até porque, conforme visto, nos termos do art. 231, § 4º, da CF/1988, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

---

[100] Como primeiro ato normativo de seu Governo, o Presidente Jair Bolsonaro, em 2019, editou a MP nº 870/2019, transferindo as atribuições da FUNAI para a competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, havendo ampla resistência por parte da comunidade indígena. O Congresso Nacional, ao apreciar a medida provisória, rejeitou a nova regra. O Presidente da República, então, na mesma sessão legislativa, reeditou os exatos termos da MP rejeitada ao editar a MP nº 886/2019, que, por sua vez, foi objeto da ADI 6.062. O STF, em 2019, explicitou a regra constitucional (art. 62, § 10, da CF/1988) no sentido de ser vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada. Com a concessão da referida medida cautelar, referendada pelo Plenário, subsiste o tratamento normativo anterior, qual seja, a vinculação da FUNAI ao Ministério da Justiça (DJE de 2019, mérito pendente).

O art. 25, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) dispõe que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas.

Assim reconheceu o STF: "Terras indígenas – Demarcação. O prazo previsto no art. 67, do ADCT, não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável" (MS 24.566, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2004, DJ de 2004). Ainda, e nesse mesmo sentido:

"EMENTA: 1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67, do ADCT, não é decadencial, mas que se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável. Precedentes. 2. O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria – Lei 6.001/1973 e Decreto nº1.775/1996 – cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes" (RMS 22.212, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2011, DJE de 2011).

Estabeleceu ainda a Corte que "a importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (art. 20, XI, da CF/1988), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais" (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1996, DJ de 1997).

19.10.7.2 Raposa Serra do Sol

O STF analisou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima.

O ponto principal era saber, além de eventuais vícios alegados no processo de demarcação, se a forma escolhida, qual seja, o modelo contínuo, apresentava-se adequada, em contraposição à demarcação por "ilhas" (ou tipo "queijo suíço", como caracterizou o Min. Ayres Britto).

Trata-se da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Decreto presidencial de 2005.[101]

[101] Nos termos do art. 1º do referido Decreto Presidencial, "fica homologada a demarcação administrativa, promovida pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, destinada à posse permanente dos Grupos Indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, nos termos da Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça".

O Tribunal, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições ou condicionantes (salvaguardas), consideradas pelo STF, apesar de críticas, como verdadeiros pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, j. 2009, Plenário, DJE de 2009, republicado no DJE de 2010, confirmado no julgamento de sete embargos de declaração[102] opostos, j. 2013, DJE de 2014):

• "o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da CF/1988) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da CF/1988, relevante interesse público da União, na forma de Lei Complementar;

• o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

• o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma, da Lei;

• o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

• o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

• a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

• o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções

[102] Conforme ficou explicitado pelo Min. Barroso, "com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: a) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 2005 observadas as condições previstas no acórdão; e b) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos art. 20, XI, e art. 231, da CF/1988, torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, § 6º, da CF/1988)". Para algumas provas nas quais a questão indígena apresenta-se com maior incidência, como as provas do MPF, parece interessante o conhecimento dessas "condições previstas no acórdão" (explicitações), estabelecidas pelo Min. Barroso. Para tanto, importante a leitura de seu voto (bastante didático e profundo) e que foi resumido no Inf. 725/STF e em Notícias STF de 2013, encontrados no site do STF.

necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

• o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

• o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

• o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

• devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

• o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não podem ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

• a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

• as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, da CF/1988 c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

• é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, da CF/1988 c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

• as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos art. 49, XVI, e art. 231, § 3º, da CF/1988, bem como a renda indígena (art. 43, da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

• é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

• os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/1988);

• é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento".

Esse precedente, certamente, servirá de paradigma para tantos outros que tramitam na Corte, como, por exemplo, a área indígena Parabure (Mato Grosso – ACO 304 – pendente), bem como para questões já decididas, como aquela envolvendo a Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu (etnia Pataxó Hã-hã-hãe – Bahia – ACO 312), sem, contudo, como bem observou o Min. Barroso, vincular esses e outros tantos julgamentos.[103]

19.10.8 Defesa judicial dos direitos e interesses dos índios

19.10.8.1 Legitimidade ativa: Índios, comunidades, organizações e o MP (Federal ou Estadual)

Estabelece o art. 232, da CF/1988, que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Relevante a previsão da possibilidade de o índio portar em juízo o interesse de toda a comunidade, em verdadeira representação ideológica e proteção de direito comunitário ou coletivo, indisponível e de ordem pública.

Essa ideia, reconhece José Afonso da Silva, "... reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. "Os bens da *gens pertenciam* conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissoluvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade"".[104]

Por fim, no tocante ao MP, a referida instituição tanto figurará como interveniente e fiscal, da Lei (de modo mais abrangente, o art. 179, caput, do CPC, fala em "fiscal da ordem jurídica") e dos interesses dos indígenas como poderá ser legitimada ativa.

O art. 129, V, da CF/1988, estabelece ser função institucional do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, podendo atuar tanto o MP Federal como o Estadual, de acordo com a competência da Justiça Federal ou Estadual.

19.10.8.2 Competência: Justiça Federal x Justiça Estadual

---

[103] Nesse sentido o entendimento da Corte: "EMENTA: (...). A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões" (Pet 3.388 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2013, Plenário, DJE de 2014).

[104] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI, da CF/1988). A grande questão é como interpretar a amplitude da expressão disputa sobre direitos indígenas.

A posição do STF é no sentido de estabelecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar os feitos que versem sobre questões ligadas diretamente:

• à cultura indígena;

• aos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;

• a interesses constitucionalmente atribuíveis à União, como as infrações praticadas em detrimento de bens e interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas.

Para se caracterizar a competência criminal da Justiça Federal, os crimes devem estar relacionados à disputa sobre direitos indígenas (art. 109, IV e XI, da CF/1988).

Na hipótese de crime praticado por índio contra outro índio, mesmo que dentro do aldeamento indígena, e desde que não tenha nenhuma relação com disputa sobre direitos indígenas, a competência será da Justiça Estadual.

Para exemplificar, destacamos o boletim Notícias do STF, 2006, que relata os fatos narrados no RE 419.528: "no caso sob análise, a Polícia Civil do Estado do Paraná instaurou inquérito para investigar a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e/ou tentativa de homicídio atribuídos a três índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena. Os crimes supostamente ocorreram no trajeto entre o Posto Indígena Queimadas, onde morava a índia e sua família, e Ortigueira, município no interior do Estado".

No referido julgado, o Min. relator Cezar Peluso abriu divergência (o julgamento foi 6 x 4) e estabeleceu que "... os crimes praticados por e contra silvícolas isoladamente e que não configuram disputa sobre direitos indígenas devem ser julgados pela Justiça comum", afastando-se a competência da Justiça Federal, tudo conforme a ementa: Competência criminal. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, IV e XI, da CF/1988. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da CF/1988, só se desata quando a acusação for de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena" (RE 419.528, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 2006, DJ de 2007).[105]

[105] Original sem grifos. Nesse sentido, cf., ainda: HC 91.121, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2007, Inf. 487/STF; RE 263.010, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2000, DJ de 2000; RHC 85.737, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2006, DJ de 2007.

19.10.9 Educação nas comunidades indígenas

O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º, da CF/1988).

A utilização da expressão "também" confere a ideia de complementaridade, ou seja, no tocante às comunidades indígenas, não se podem adotar processos de aprendizagem somente na língua portuguesa; em igual medida, está vedada a utilização de processos que utilizem somente as línguas maternas e processos próprios de aprendizagem dos índios.

O ensino tem de ser transmitido por meio de ambos os instrumentos. O acréscimo dos mecanismos próprios dos índios fortalece a ideia de preservação dos seus costumes, línguas, crenças e tradições, indispensável em razão da inegável diferença cultural entre o homem civilizado e a comunidade indígena.

Assegura-se, assim, para as comunidades indígenas, uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue.

Nos termos do Decreto nº 26/1991, ficou atribuída ao Ministério da Educação a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena, em todos os níveis e modalidades de ensino, ouvida a FUNAI, sendo referidas ações desenvolvidas pelas Secretarias de Educação dos Estados e Municípios em consonância com as Secretarias Nacionais de Educação do Ministério da Educação.

Por sua vez, o art. 78, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) dispõe caber ao Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolver programas integrados de ensino e pesquisa para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

• proporcionar aos índios, suas comunidades e povos a recuperação de suas memórias históricas, a reafirmação de suas identidades étnicas, a valorização de suas línguas e ciências;

• garantir aos índios, suas comunidades e povos o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não indígenas.

Todo esse processo e as conquistas contempladas no texto de 1988 contribuíram para assegurar as especificidades culturais dos indígenas, garantindo a preservação das comunidades e a valorização dessa cultura, como se percebe pelo diagnóstico feito pelo Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 10.172/2001, e que pedimos vênia para transcrever:

"No Brasil, desde o século XVI, a oferta de programas de educação escolar às comunidades indígenas esteve pautada pela catequização, civilização e integração forçada dos índios à sociedade nacional. Dos missionários jesuítas aos positivistas do Serviço de Proteção aos Índios, do ensino catequético ao ensino bilíngue, a tônica foi uma só: negar a diferença, assimilar os índios, fazer com que eles se transformassem em algo diferente do que eram. Nesse processo, a instituição da escola entre grupos indígenas serviu de instrumento de imposição de valores alheios e negação de identidades e culturas diferenciadas. Só em anos recentes esse quadro começou a mudar. Grupos organizados da sociedade civil passaram a trabalhar junto com comunidades indígenas, buscando alternativas à submissão desses grupos, como a garantia de seus territórios e formas menos violentas de relacionamento e convivência entre essas populações e outros segmentos da sociedade nacional. A escola entre grupos indígenas ganhou, então, um novo significado e um novo sentido, como meio para assegurar o acesso a conhecimentos gerais sem precisar negar as especificidades culturais e a identidade daqueles grupos. Diferentes experiências surgiram em várias regiões do Brasil, construindo projetos educacionais específicos à realidade sociocultural e histórica de determinados grupos indígenas, praticando a interculturalidade e o bilinguismo e adequando-se ao seu projeto de futuro" (item III, 9.1, do Anexo da Lei nº 10.172/2001– original sem grifos).

Essa tendência está adequada aos ditames fixados no art. 215, § 1º, da CF/1988, que delega ao Estado o dever de proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

19.10.10 Infanticídio indígena

Tema de grande importância vem tomando a pauta do parlamento. Discute-se se seria possível preservar práticas ainda observadas de infanticídio indígena dentro de uma ideia de preservação dos costumes, crenças e tradições, na forma do art. 231, caput, da CF/1988, ou se, por outro lado, haveria afronta à proteção do direito à vida, também estabelecido na Constituição.

Existe projeto de Lei tramitando para a criminalização da prática (vide PL nº 1.057/2007-CD – "Lei Muwaji" – nome dado em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahas, que enfrentou a tradição de seu povo e salvou a vida de sua filha que nasceu com uma dita "deficiência"). Em nossa opinião, a prática não se mostra mais adequada, inclusive com os tratados internacionais assinados pelo Brasil e, nesse sentido, louvamos o importante trabalho que vem sendo desenvolvido pela organização não governamental ATINI – Voz pela Vida.

Para ilustrar o tema e provocar o debate, transcrevemos parte do discurso proferido pelo Deputado Federal Lincoln Portela (2007 – Câmara dos Deputados):

"a revista Veja, na edição de 15 de agosto deste ano, publicou reportagem chocante, mostrando que, no mínimo, 13 etnias o conservam (o infanticídio indígena, acrescente-se). Entre essas, a dos ianomâmis, responsáveis pela morte de 201 das suas crianças, de 2004 a 2006, segundo dados da Fundação Nacional de Saúde.

Na mesma reportagem, é narrada a comovente história da menina Hakani, nascida em 1995, na tribo dos suruuarrás, que vivem semi-isolados no sul do Amazonas. Ela foi condenada à morte, aos 2 anos de idade, por não apresentar desenvolvimento compatível com sua faixa etária. Os pais, designados para cumprir a sentença, preferiram o suicídio. Em lugar deles, o irmão mais velho e o avô, pressionados sucessivamente, tentaram, porém não conseguiram levá-la a termo.

Apesar dos ferimentos provocados por essas duas tentativas, a pequena Hakani sobreviveu. Entretanto, passou a ser tratada como um bicho: vivia ao relento e se alimentava das sobras que encontrava pelo chão. Tamanho sofrimento durou cerca de 3 anos, até o casal de missionários Márcia e Edson Suzuki receber permissão da tribo para levá-la ao hospital.

Logo em seguida, eles iniciaram o processo legal de adoção. Mas precisaram aguardar 5 longos anos pela autorização judicial, pois, por incrível que pareça, foram acusados por um antropólogo do Ministério Público de prejudicar "uma prática cultural repleta de significados" para os suruuarrá, quando impediram o assassinato da menina.

Felizmente, o Juiz não se deixou impressionar por essa argumentação esdrúxula. Assim, embora ainda inspire cuidados, devido às sequelas da enorme crueldade a que foi submetida, Hakani pode contar agora com a proteção integral de seus pais adotivos.

Em muitos casos, porém, as crianças indígenas julgadas indesejáveis pelas respectivas comunidades não têm a mesma sorte. Quando nascem com algum problema físico ou mental, ou do sexo feminino, ao contrário do esperado pela família, ou gêmeas, ou até filhas de mães solteiras, podem acabar sacrificadas, envenenadas ou enterradas vivas, nessa terrível versão nacional da matança dos inocentes" (Sessão: 247.1.53.O, site da Câmara dos Deputados).

Vamos aguardar a votação da matéria pelas Casas Legislativas. Não temos conhecimento de pronunciamento judicial sobre o tema (pendente).

20 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

Sumário: 20.1 Princípios Gerais da Atividade Econômica 20.2 Monopólio dos Correios 20.3 Quebra do Monopólio da União Sobre a Comercialização e a Utilização de Radioisótopos para a Pesquisa e Usos Médicos, Agrícolas e Industriais, Bem Como Sobre a Produção, Comercialização e Utilização de Radioisótopos de Meia-Vida Curta (EC nº 49/2006) 20.4 Sistema Financeiro Nacional

20.1 Princípios Gerais da Atividade Econômica

20.1.1 Evolução do Estado e a Ordem Econômica

Partindo da ideia de Estado de Direito, podemos identificar, segundo a doutrina, uma tríplice vertente: liberal, social e pós-social.

No Estado Liberal percebe-se uma evidenciação do indivíduo, delineando-se um Estado não intervencionista, dentro da perspectiva de "intervenção mínima".

De acordo com Dallari, "o Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica por que já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado Liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural do indivíduo".[1]

Diante das novas necessidades sociais, surge a teorização do Estado Social, evidenciando-se o grupo e colocando a questão social como preocupação principal do Estado.

Norberto Bobbio assevera que a proteção dos direitos sociais requer uma atuação estatal, de forma ativa, diferente da solicitada (ou não solicitada) durante o Estado Liberal, produzindo tal organização dos serviços públicos, que teria sido a responsável pelo surgimento do próprio Estado Social.[2]

Uma das várias lições que podem ser extraídas da obra de Wilensky, e talvez a mais adequada ao tema aqui desenvolvido, consiste na verificação de que a assistência prestada pelo Estado do bem-estar (Welfare State), ou Estado assistencial, não é oferecida como caridade, mas sim como um direito político.[3]

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu: *Elementos de teoria geral do estado.*

[2] BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos.*

[3] WILENSKY, Harold L: *Welfare State and equality*, passim, apud BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco: *Dicionário de política.*

Finalmente, o Estado Pós-Social (seguindo a classificação proposta por Campilongo), cujos atores sociais evidenciados são os novos movimentos sociais, sem, contudo, é claro, como pondera o autor, "... eliminar os problemas interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes...".[4]

Com base nessa evolução, em um primeiro momento pode-se afirmar que os institutos clássicos do direito de propriedade e a autonomia da vontade privada eram suficientes para regulamentar a atividade econômica, até porque o capitalismo primitivo pregava a autorregulação, sem qualquer interferência do Estado na economia.

A partir do século XX, no entanto, a situação começa a ser repensada, especialmente diante das constantes situações de abuso do poder econômico.

Surge, então, "clima" propício para a constitucionalização, da economia.

Nesse sentido, o art. 170, caput, da CF/1988 estabelece que a ordem econômica, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, funda-se em dois grandes pilares:

• valorização do trabalho humano;

• livre-iniciativa.

Cabe, aqui, observar que, nos termos do art. 1º, IV, da CF/1988, são fundamentos da República Federativa do Brasil:

• os valores sociais do trabalho;

• os valores sociais da livre-iniciativa.

O constituinte privilegia, portanto, o modelo capitalista, porém, não se pode esquecer da finalidade da ordem econômica, qual seja, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, afastando-se, assim, de um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo.

Pelo contrário, o texto admite a intervenção do Estado no domínio econômico.

20.1.2 Separação da Ordem Econômica e da Ordem Social

Conforme já estudamos no item 2, a primeira Constituição brasileira a separar a ordem econômica da ordem social foi a de 1988.

A ordem econômica recebeu tratamento sistemático, pioneiramente, na Constituição do México de 1917. No Brasil, sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919, a primeira a tratar da ordem econômica e da ordem social em título único (Título IV) foi a de 1934.

---

[4] CAMPILONGO, Celso Fernandes: *Os desafios do judiciário*, in FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.*

A Constituição de 1937, embora mantendo as matérias sobre a ordem econômica e social, aboliu a utilização de títulos e passou a destacar, de modo simplificado, a ordem econômica.

As CF/1946, CF/1967 e a EC nº 1/1969 seguiram a mesma estrutura da CF/1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título.

A Constituição de 1988, conforme visto, inova e passa a tratar da ordem social em título próprio, desvinculando-a da ordem econômica, que, por sua vez, recebe matérias sobre o sistema financeiro nacional (Título VII). Alguns temas da ordem social que eram assegurados nas Constituições anteriores, como os direitos dos trabalhadores, foram deslocados para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais (direitos sociais).

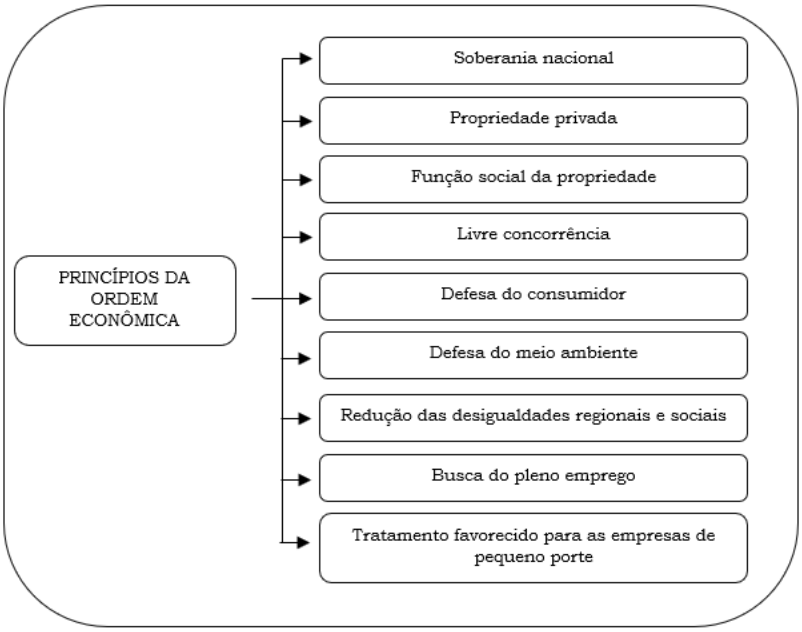
20.1.3 Meios de atuação do Estado

O Estado pode interferir na ordem econômica de modo direto ou indireto.

Quando se fala em atuação direta, o próprio Estado atua na economia de um país, seja em regime de monopólio, seja no de participação com as empresas do setor privado.

Já quanto à atuação indireta, o Estado busca fazer prevalecer o princípio da livre concorrência e evitar abusos como os decorrentes de cartéis, dumping etc.

20.1.4 Princípios da Ordem Econômica



20.1.4.1 Soberania nacional

A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CF/1988) e, ao ser prevista como princípio da ordem econômica, visa evitar a influência descontrolada de outros países em nossa economia.

No fundo, garante-se a ideia de independência nacional.

Isso não significa uma blindagem na economia em relação ao capital estrangeiro. Nos termos do art. 172, da CF/1988, a Lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Como bem anotam David Araujo e Vidal Serrano, "... os contratos e ajustes internacionais, de modo geral, devem pautar-se pela observância das normas de ordem pública e aquelas inerentes à autonomia decisória do país. Assim, padeceria de inconstitucionalidade um tratado que, por exemplo, submetesse o País compulsoriamente a decisões econômicas de uma instituição ou organismo internacional".[5]

20.1.4.2 Propriedade privada e sua função social

Ao instituir a propriedade privada como princípio da ordem econômica, o constituinte assegurou a propriedade privada dos meios de produção.

O direito de propriedade aparece como direito fundamental (art. 5º, XXII, da CF/1988); porém a propriedade terá de atender a sua função social (art. 5º, XXIII, da CF/1988), situação essa que se desdobra no âmbito da política urbana (art. 182 e art. 183, da CF/1988), no âmbito da política agrícola e fundiária, bem como da reforma agrária (art. 184 ao art. 191, da CF/1988).

20.1.4.3 Livre concorrência

Como desdobramento da livre-iniciativa, a livre concorrência aparece como princípio da Ordem Econômica, devendo ser balizada pelos ditames da justiça social e da dignidade.

Por esse motivo, não podemos considerá-la um bem em si e de modo absoluto, devendo o Estado refutar qualquer abuso.

O art. 173, § 4º, da CF/1988, dispõe que a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Nesse contexto, para se ter um bom exemplo, lembramos o entendimento do STF que declarou inconstitucional a proibição ou restrição, por meio de Lei municipal, do transporte

---

[5] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*.

individual de passageiro por motoristas cadastrados em aplicativos (e.g. Uber, Cabify, 99 Táxi, Lyft etc.).

De acordo com a tese de repercussão geral firmada, "1. a proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência. 2. No exercício de sua competência para a regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (Constituição Federal, art. 22, inciso XI, da CF/1988)" (RE 1.054.110, j. 2019 – vide, ainda, ADPF 449).

Avançando, de acordo com o art. 173, § 5º, da CF/1988, a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Nesse sentido, destacamos a Lei nº 12.529/2011, que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos seguintes ditames constitucionais:

- liberdade de iniciativa;
- livre concorrência;
- função social da propriedade;
- defesa dos consumidores;
- repressão ao abuso do poder econômico.

O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (autarquia federal) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

20.1.4.4 Defesa do consumidor

Estamos diante da consagração, nas relações de consumo, do princípio da vulnerabilidade, tendo o constituinte considerado que o consumidor é a parte mais fraca da relação.

Cumpre observar que, nos termos do art. 5º, XXXII, da CF/1988, a defesa do consumidor é direito fundamental.

A proteção ao consumidor se implementa, dentre tantos instrumentos, pelo CDC (Lei nº 8.078/1990), e, apenas para recordar, o STF entendeu a sua aplicação nas relações entre instituições financeiras e seus usuários: "... As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

"Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Ação direta julgada improcedente" (ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, j. 2006, DJ de 2007 – cf. item 14.10.19).

Finalmente, lembramos que o STF, apreciando o tema 210 da repercussão geral, fixou a seguinte tese no tocante ao transporte aéreo: "nos termos do art. 178, da CF/1988, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor" (RE 636.331, j. 2017, DJE de 2017).

20.1.4.5 Defesa do meio ambiente

Mesmo que haja produção de riquezas, a atividade econômica deve estar orientada à proteção e defesa do meio ambiente.

Trata-se da ideia, já analisada (item 19.8), do desenvolvimento sustentável.

De acordo com o art. 225, caput, da CF/1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A EC nº 42/2003, ao dar nova redação ao art. 170, VI, da CF/1988, estabeleceu, na defesa do meio ambiente, a possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, e de seus processos de elaboração e prestação.

Assim, parece razoável que o Estado ofereça, por exemplo, incentivos mediante isenções, benefícios fiscais etc., para as empresas que trabalhem com produtos recicláveis ou que produzam baixo impacto ambiental, ou seja, as empresas "ecologicamente corretas".

20.1.4.6 Redução das desigualdades regionais e sociais

Confirma-se a constante busca pela consagração do Estado do bem-estar social.

De acordo com o art. 3º, III, da CF/1988, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Esse princípio é implementado por diversos instrumentos, como a criação de regiões administrativas (art. 43, da CF/1988), a Lei que institui o plano plurianual (art. 165, § 1º, da CF/1988), a possibilidade de concessão de incentivos fiscais na forma do art. 151, I, da CF/1988, o fundo de erradicação da pobreza, que teve o seu prazo prorrogado por tempo indeterminado nos termos, da EC nº 67/2010 etc.

20.1.4.7 Busca do pleno emprego

Dentro desse contexto, a busca do pleno emprego também aparece como princípio da ordem econômica, consagrando a perspectiva de valorização do trabalho humano e se materializando, também, como princípio diretivo, da economia.

20.1.4.8 Tratamento favorecido para empresas de pequeno porte

Mostra-se bastante razoável atrelar a livre concorrência ao princípio da igualdade em sua vertente substancial e, como desdobramento, a possibilidade de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

É o que prescreve o art. 179, da CF/1988: art. 179 – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

20.2 Monopólio dos Correios

Em 2003, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (Abraed) propôs a ADPF 46, com pedido de liminar, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, questionando a existência de monopólio constitucional de entrega de correspondências.

A principal questão que se discutia era em relação à possibilidade do trabalho das empresas de distribuição, criadas em grande número pelo País, com o objetivo de atender à demanda de logística, implementando, por consequência, a entrega de encomendas.

Isso porque, justificando o cabimento da ação, alegavam que os Correios ajuizaram várias ações sustentando o monopólio postal, inclusive objetivando a aplicação das sanções criminais previstas na Lei nº 6.538/1978.

Dentre os argumentos levantados pela Autora, destacam-se:

• o fundamento da livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF/1988);

• o livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão (art. 5º, XIII, da CF/1988);

• a livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988);

• a inexistência de monopólio constitucional postal, já que não se encontra a suposta exceção enumerada no art. 177, da CF/1988.

A Constituição, de fato, estabelece regras sobre o serviço postal em dois dispositivos:

• Art. 21, X, da CF/1988 – compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

• Art. 22, V, da CF/1988 – compete privativamente à União legislar sobre serviço postal.

Por sua vez, o art. 9º, da Lei nº 6.538/1978, dispõe que são exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

• recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

• recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

• fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

O art. 47, da Lei nº 6.538/1978, define carta como o "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário".

E o art. 42 da Lei nº 6.538/1978, diz ser crime de violação do privilégio postal da União: "coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas. Pena: detenção, até 2 meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa".

Finalmente, em 2009, o STF, por 6 x 4, julgou improcedente a ADPF 46 e, assim, reconheceu a recepção dos dispositivos, da Lei e, nesse sentido, o monopólio dos Correios para as correspondências pessoais.[6]

Segundo informado, "prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, que, tendo em conta a orientação fixada pelo Supremo na ACO 765 QO/RJ, no sentido de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito, considerou inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência. Distinguindo o regime de privilégio de que se reveste a prestação dos serviços públicos do regime de monopólio, afirmou que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário. Asseverou que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a Cosntituição Federal afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou

[6] Para aprofundamento, cf. ADPF 46, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, j. 2009, Plenário, DJE de 2010.

permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, da CF/1988, em razão do disposto nos art. 199 e art. 209, da CF/1988".

E continua: "ressaltou o Min. Eros Grau que o serviço postal é prestado pela ECT, empresa pública criada pelo DL nº 509/1969, que foi recebido pela CF/1988, a qual deve atuar em regime de exclusividade (em linguagem técnica, em situação de privilégio, e, em linguagem corrente, em regime de monopólio), estando o âmbito do serviço postal bem delineado nos art. 7º e seguintes, da Lei nº6.538/1978, também recebida pela CF/1988. Por fim, julgando insuficiente a atuação subsidiária do Estado para solução dos conflitos da realidade nacional, considerou que, vigentes os art. 1º e art. 3º, da CF/1988, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil. Nesta assentada, o Min. Carlos Britto apresentou esclarecimentos sobre seu voto, afirmando excluir do conceito de serviço postal apenas a entrega de encomendas e impressos. Concluiu, assim, pela improcedência do pedido. Quanto a essa parte, ficaram vencidos o Min. Marco Aurélio, relator, que julgava procedente o pleito e os Ministros Gilmar Mendes, Presidente, que reajustou o voto proferido na assentada anterior, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais o julgavam parcialmente procedente, para fixar a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitar-se-ia ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, nos termos do art. 9º, da Lei nº6.538/1978, não abrangendo a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos. O Tribunal, por unanimidade, ainda deu interpretação conforme ao art. 42, da Lei nº6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º da Lei nº6.538/1978" (ADPF 46/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Eros Grau, j. 2008).

Finalmente, destacamos dois importantes julgados reconhecendo a imunidade tributária, da ECT relativamente ao ICMS e ao IPVA e que pedimos vênia para transcrever:

"EMENTA: Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, "a", da CF/1988. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a",

CF/1988, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. 4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui *conditio sine qua non* para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade, da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas" (RE 627.051, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2014, Plenário, DJE de 2015).

"EMENTA: Tributário. Imunidade recíproca da empresa brasileira de correios e telégrafos. IPVA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ainda que o patrimônio, renda ou serviço desempenhado pela Entidade não esteja necessariamente relacionado ao privilégio postal. 2. Especificamente com relação ao IPVA, cumpre reafirmar o quanto assentado na ACO 789/PI, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, ocasião na qual foi confirmada a outorga da imunidade recíproca para o fim de afastar a incidência sobre os veículos de propriedade da requerente. 3. Ação Cível Originária julgada procedente" (ACO 879, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 2014, DJE de 2015).

20.3 Quebra do Monopólio da União Sobre a Comercialização e a Utilização de Radioisótopos para a Pesquisa e Usos Médicos, Agrícolas e Industriais, Bem Como Sobre a Produção, Comercialização e Utilização de Radioisótopos de Meia-Vida Curta (EC nº 49/2006)

Segundo o Parecer nº 767/2003-CCJ, do relator Senador José Jorge, a PEC nº 7/2003 (que originou a EC nº 49/2006, em análise), "... tem por objeto ampliar o acesso dos serviços de medicina nuclear aos radioisótopos de meia-vida curta (2 a 120 minutos). Esses produtos são utilizados como marcadores em exames de imagem, como a tomografia por emissão de pósitrons (Pet) e de fótons simples (Spect)" (DSF de 2003).

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988, à época, entendeu mais conveniente, tendo em vista o temor gerado por eventual uso indevido da tecnologia nuclear (que viria a ser confirmado nas tragédias de Chernobyl e Goiânia), determinar o monopólio da União, nos termos do art. 177, V, da CF/1988, sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Agora, com a regra trazida pela EC nº 49/2006, foi aberta a possibilidade de produção, comercialização e utilização de radioisótopos, podendo ser autorizadas sob o regime de permissão, conforme art. 21, XXIII, "b" e "c", da CF/1988.

Assim, enquanto novos princípios e condições em relação à exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, surgem duas importantes novas regras (art. 21, XXIII, "b" e "c", da CF/1988):

• sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

• sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.

A nova regra, assim, segundo a Senadora Ideli Salvatti, tem por objetivo "... flexibilizar o monopólio da União para casos muito específicos. Tendo em vista a nossa inovação tecnológica com o advento da tomografia por emissão de pósitrons e da tomografia por emissão de fótons simples, há necessidade de que essa flexibilização tenha obrigatoriamente que ocorrer, porque esses radioisótopos utilizados nesses dois tipos de câmaras são emissores de partículas de meia-vida muito curta. Alguns duram apenas poucos minutos e outros, no máximo, duas horas. Portanto, não é possível que o deslocamento desse tipo de produto se dê em distâncias longas, porque, senão, o material perde a eficiência e a capacidade de ser utilizado nessa maravilha de evolução que é a medicina nuclear" (DSF de 2003).

É importante notar que a instituição do regime de permissão garantirá o necessário controle da referida atividade nuclear pelo Poder Público.

Como bem observou o então Senador José Jorge, no parecer da CCJ, "ainda assim, é imperioso que a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) exerça controle rigoroso sobre a produção, comercialização e utilização desses materiais. Para facilitar a atuação da Comissão, a PEC propõe que apenas o regime de permissão seja utilizado para admitir a participação de entes que não a União na área de materiais radioativos, eliminando o regime de concessão. Dessa forma, a CNEN terá maior facilidade em revogar o contrato quando julgar necessário" (DSF de 2003).

Ao discursar sobre a matéria, o primeiro signatário da PEC, o então Senador Jorge Bornhausen, falou sobre a importância da analisada flexibilização do monopólio estatal sobre

as referidas tecnologias de medicina nuclear. “Bornhausen enfatizou a relevância da tecnologia Pet (tomografia por emissão de pósitrons) na detecção precoce de pequenas lesões tumorais, assim como de disfunções metabólicas, neurológicas e cardíacas.” “Esses radioisótopos são usados na medicina para detectar, em estágio inicial, doenças inflamatórias, metabólicas e infecciosas, câncer e problemas cardíacos” (Jornal Senado Federal, 2006).

Portanto, a quebra do monopólio em análise representa um grande avanço. Trata-se de salutar abertura “sustentada”, na medida em que, como visto, a atividade continua sendo fiscalizada e controlada pela União.

20.4 Sistema Financeiro Nacional

Conforme anota José Afonso da Silva, dois são os sistemas financeiros regulados na Constituição:

• público: “que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constante dos art. 163 ao art. 169, da CF/1988;

• parapúblico: “que ela denomina de Sistema Financeiro Nacional, previsto no art. 192, da CF/1988, cujos incisos e parágrafos foram desconstitucionalizados pela EC nº 40/2003”.

Apesar disso, continua o mestre, “... ainda se pode dizer que o Sistema Financeiro Nacional cuida das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sob estrito controle do Poder Público (art. 192, da CF/1988). O Banco Central, que é instituição financeira, constitui, em verdade, um elo entre as duas ordens financeiras (art. 164 e art. 192, da CF/1988)”.[7]

O art. 192, da CF/1988, na redação determinada pela EC nº 40/2003, assim estabeleceu: “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

A novidade foi retirar diversas regras que constavam dos incisos do art. 192, da CF/1988, entre elas a previsão de taxa de juros reais de 12% a.a.

Não obstante a crítica pessoal deste autor e de diversos outros, bem como de alguns tribunais (vide Julgados do TARGS, 81/314), o STF entendia que o revogado art. 192, § 3º, da CF/1988, que fixava as taxas dos juros reais não superiores a 12% a.a., era norma constitucional de eficácia limitada, dependente de Lei Complementar para sua aplicação prática.

---

[7] SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.*

Conforme visto, a EC nº 40/2003 (PEC nº 53/1999-CD e PEC nº 21/1997-SF), ao tratar do Sistema Financeiro Nacional, alterou a redação do art. 163, V e do art. 52, caput, do ADCT, revogando todos os incisos e parágrafos do art. 192, da CF/1988, permitindo a sua regulamentação por mais de uma Lei Complementar e não por apenas uma Lei Complementar como era antes.

Em razão dessa nova sistemática, a já desprestigiada taxa de juros reais de 12% a.a. desconstitucionaliza-se, infelizmente, assim como as importantes regras que constavam do referido art. 192, da CF/1988.

No parecer do relator à PEC nº 53/1999-CD, a reforma buscou "... superar as dificuldades de regulamentação do art. 192, da CF/1988, e viabilizar a aprovação de uma nova Lei estruturadora do sistema financeiro nacional", uma vez que o STF já havia resolvido que, na vigência da antiga regra, antes, da EC nº 40/2003, portanto, o sistema financeiro deveria ser regulamentado por uma única Lei Complementar.

Finalmente, cabe destacar a SV 7/2008, com o seguinte teor: "a norma do art. 192, § 3º, da CF/1988, revogada pela EC nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de Lei Complementar".

21 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Sumário: 21.1 Justificativas Iniciais 21.2 República 21.3 Federação 21.4 Estado Democrático de Direito 21.5 Separação de "Poderes" 21.6 Fundamentos da República Federativa do Brasil 21.7 Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil 21.8 Princípios que Regem a República Federativa do Brasil nas Relações Internacionais

21.1 Justificativas Iniciais

Os princípios fundamentais encontram-se no início da Constituição, mais precisamente no Título I, art. 1º ao art. 4º, da CF/1988.

Observa-se, curiosamente, que, no presente estudo, o tema está alocado ao final. Qual o motivo?

Pelo menos, nesse primeiro momento, entendemos que, para o livro, o tema significa o fechamento de tudo o que se falou.

Em outras palavras, poderíamos até imaginar que os princípios fundamentais seriam o roteiro de estudo de todo o Direito Constitucional.

Ao longo deste trabalho, todos os temas já foram direta ou indiretamente tratados, com exceção do art. 4º, da CF/1988, que define os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais e que deverão ser aprofundados nos livros de direito internacional.

Se por um lado a palavra "princípio", que vem do termo latino *principium*, *principii*, traz ínsita a ideia de começo, origem, base, ponto de partida, podemos imaginar, também, que os princípios fundamentais significam, do mesmo modo, o ponto de chegada em interessante ciclo que se fecha.

Passemos a tratar de cada um dos artigos.

• art. 1º, caput, da CF/1988: estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito;

• art. 1º, I ao V, da CF/1988: define os fundamentos da República Federativa do Brasil;

• art. 1º, parágrafo único, da CF/1988: trata da democracia semidireta ou participativa;

• art. 2º, da CF/1988: estatui a separação de "Poderes";

• art. 3º, da CF/1988: trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;

• art. 4º, da CF/1988: estatui os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais.

21.2 República

Conforme já referimos, em 15 de novembro de 1889, a República era proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido significativa movimentação popular.

Tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado que de qualquer movimento do povo. A República nascia, então, sem legitimidade. Prevista no texto de 1891, permanece até hoje.

No texto de 1891 a República surge como cláusula pétrea e assim é mantida em todas as Constituições, exceto na de 1988 em que aparece como princípio sensível (art. 34, VII, "a", da CF/1988).

Apesar de não ser cláusula pétrea, por meio de plebiscito, o "povo" confirmou a forma republicana, não podendo, portanto, Emenda à Constituição instituir a Monarquia, sob pena de se violar a soberania popular, a não ser que haja, necessariamente, nova consulta popular (art. 2º, do ADCT).

21.3 Federação

A forma de Estado adotada pelo texto de 1988 é a Federação e não o Estado unitário, tema já estudado no item 7, ao qual remetemos o ilustre leitor.

O nosso federalismo se deu por desagregação a partir do Estado unitário e estabelece-se no texto de 1988 a Federação como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, I, da CF/1988.

A solidez do sistema está na consagração da ideia de indissolubilidade do vínculo federativo (inexistência do direito de secessão), havendo instrumentos de estabilização de eventual crise, como, no caso, a intervenção federal (art. 34, I, da CF/1988).

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel da União Federal, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios em verdadeiro federalismo assimétrico, em razão da falta de homogeneidade entre os entes federativos (art. 1º, caput, c/c o art. 18, da CF/1988).

21.4 Estado Democrático de Direito

21.4.1 Aspectos gerais

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

A previsão desse regime jurídico é reforçada pelo princípio democrático que marcou o texto de 1988 e pela cláusula contida no art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, ao dispor que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Estamos diante da democracia semidireta ou participativa, um "sistema híbrido", uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta.

Pode-se falar, então, em participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania que se instrumentaliza por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como outras formas, como a ação popular.

Remetemos o nosso ilustre leitor para a discussão contida no item 14, sobre a dimensão dos direitos fundamentais e a conexão com a evolução do Estado, que deixa de ser liberal, passando para Estado Social com a perspectiva, na atualidade, de um Estado Pós-Social de direito.

21.4.2 A Lei da Anistia, a ADPF 153 e a decisão da "Corte Interamericana de Direitos Humanos" (ADPF 320)

O art. 1º, da Lei nº 6.683/1979 concedeu a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 1961 e 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

O Conselho Federal da OAB propôs a ADPF 153, objetivando a anulação, pela Suprema Corte, do perdão dado pela Lei da Anistia aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados da prática de atos de tortura durante o regime militar.

Por 7 x 2, o STF rejeitou o pedido de revisão, e reproduzimos parte da ementa do julgamento, que bem resume o entendimento em acórdão, denso, de 266 folhas:

"EMENTA: [...]. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei nº 6.683/1979 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei nº 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 1984, vigorando desde 1987 – e a Lei nº 9.455/1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da CF/1988 – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias

anteriormente à sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. 8. Revisão de Lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia, da Lei nº 6.683/1979, foi reafirmada, no texto, da EC nº 26/1985, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário" (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 2010, Plenário, DJE de 2010).

Posteriormente, em 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil, entendeu que o Brasil é responsável pela desaparição forçada de 62 pessoas, ocorrida entre os anos 1972 e 1974, na denominada região do Araguaia.

A Corte concluiu que a Lei da Anistia, ao impedir investigações, negar acesso a arquivos e não prever sanções às violações de direitos humanos, é incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil perante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Eis o embate, a decisão da Suprema Corte brasileira, mantendo a Lei da Anistia e a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana, declarando a referida Lei incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Não há dúvida de que, muito embora a decisão da Corte Interamericana não anule a da jurisdição nacional (STF), o Brasil vai sofrer as consequências no plano internacional, sujeitando-se às sanções previstas na Convenção.

O tema está em debate na ADPF 320, proposta pelo PSOL requerendo que a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979) não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos – militares ou civis – contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos. Ainda sustenta a não aplicação, da Lei da Anistia aos autores de crimes continuados ou permanentes.

Temos de lembrar, ainda, a Lei nº 12.528/2011, que criou, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º, do ADCT, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

A Comissão Nacional da Verdade, composta de forma pluralista, será integrada por 7 membros, designados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, de reconhecida

idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos.

Por fim, de acordo com o art. 3º, da Lei nº 12.528/2011, são objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

• esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no art. 1º, caput, da Lei nº 12.528/2011;

• promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

• identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no art. 1º, caput, da Lei nº 12.528/2011 e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

• encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.140/1995;

• colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

• recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e

• promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

21.5 Separação de “Poderes”

O art. 2º, da CF/1988 consagra serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si:

• Legislativo;

• Executivo;

• Judiciário.

Cada um dos “Poderes” é estudado em separado, respectivamente, nos itens 9, 10 e 11, aos quais remetemos o nosso caro leitor para as importantes discussões.

Retomando, conforme já explicitado, os “Poderes” (órgãos) são independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário, daí ser mais

adequado falarmos em órgãos que exercem funções, típicas (inerentes à essência) e atípicas (do órgão, mas sem ser a sua essência).

Dessa forma, diante do princípio da indelegabilidade de atribuições, nenhum Poder (órgão) poderá transferir função que lhe é típica ou expressamente prevista como atípica a outro.

Lembre-se de que a CF/1988 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de Poderes, conforme se observa pelo art. 60, § 4º, III, da CF/1988.[1]

21.6 Fundamentos da República Federativa do Brasil

O art. 1º, I ao V, da CF/1988, enumera os fundamentos da República Federativa do Brasil:

• soberania: do conjunto formado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Discute-se, na atualidade, a amplitude da soberania de determinado Estado, especialmente diante da ideia de um poder constituinte transnacional ou supranacional. Esse parece ser o grande desafio, qual seja, encontrarmos um equilíbrio entre a soberania do Estado e a necessidade de adequação ao conjunto dentro da ideia de um constitucionalismo globalizado;

• cidadania: materializada tanto na ideia de capacidade eleitoral ativa (ser eleitor) e passiva (ser eleito) como na previsão de instrumentos de participação do indivíduo nos negócios do Estado. Assim, o conceito de cidadania não se restringe a direitos políticos, mas nessa visão muito mais abrangente e que engloba, também, os direitos e deveres fundamentais;

• dignidade da pessoa humana: regra matriz dos direitos fundamentais, tema aprofundado no item 14 deste estudo e que pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos;

• valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa: nos termos do art. 170, caput, da CF/1988, a ordem econômica, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, funda-se em dois grandes pilares, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa. Dessa maneira, o constituinte, além de privilegiar o modelo capitalista, estabelece, como finalidade da ordem econômica, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, afastando-se, assim, de um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo;

• pluralismo político: a partir dessa ideia, enaltece-se uma sociedade plural, em que se consagra o respeito à pessoa humana e sua liberdade.

---

[1] Para outras discussões, cf. item 8.

21.7 Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil

Os objetivos fundamentais estão previstos no art. 3º, da CF/1988. Uma vez estruturada a República Federativa do Brasil, ela terá metas a serem atingidas, orientadoras das políticas governamentais, destacando-se:

• construir uma sociedade livre, justa e solidária: a solidariedade aparece aqui como consagração dos direitos de 3ª dimensão, tendo sido fundamento para algumas importantes decisões como a que autorizou a pesquisa de células-tronco embrionárias (ADI 3.510);

• garantir o desenvolvimento nacional: é dever do Estado o desenvolvimento nacional, e esse objetivo vem justificando os diversos programas governamentais;

• erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais: como desdobramento dessa ideia, podemos lembrar o fundo de combate e erradicação da pobreza, prorrogado por prazo indeterminado nos termos, da EC nº 67/2010;

• promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação: sem dúvida esse foi um importante argumento para o STF reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

21.8 Princípios que Regem a República Federativa do Brasil nas Relações Internacionais

21.8.1 Art. 4º, da CF/1988

O art. 4º, da CF/1988 dispõe que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

• independência nacional;

• prevalência dos direitos humanos;

• autodeterminação dos povos;

• não intervenção;

• igualdade entre os Estados;

• defesa da paz;

• solução pacífica dos conflitos;

• repúdio ao terrorismo e ao racismo;

• cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

• concessão de asilo político.

A discussão sobre o asilo político já foi apresentada no item 16, sobre nacionalidade, ao qual remetemos o nosso ilustre leitor.

Sugerimos o aprofundamento da matéria nos livros de direito internacional.

Por enquanto, limitemos a nossa análise a alguns apontamentos em relação ao Mercosul.

21.8.2 Mercosul

O parágrafo único do art. 4º, da CF/1988 estabelece que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Seguindo a tendência mundial (vide Mercado Comum Europeu, Nafta...) o Brasil, focado na implementação de um processo de regionalização, oficializou a criação do Mercado Comum do Sul (Mercosul), por meio da assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, do qual participaram, inicialmente, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (Estados-partes),[2] objetivando a formação de um mercado comum, ainda não criado.

A Venezuela figurou como Estado-parte em processo de adesão e se tornaria membro pleno uma vez aprovado o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, assinado em Caracas, em 2006, pelos Presidentes dos Estados-partes do Mercosul (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) e a Venezuela.

Nos termos do art. 49, I, da CF/1988, o Congresso Nacional aprovou, em 2009, o texto do referido protocolo – DLG nº 934/2009. A votação foi bastante apertada (35 x 27) e havia muita resistência, especialmente diante de algumas posturas, denominadas pelos parlamentares antidemocráticas, de Hugo Chávez.

Mesmo diante da aprovação da entrada da Venezuela pelo Brasil, bem como pela Argentina e pelo Uruguai que já haviam deliberado, ainda faltava a manifestação do Congresso Nacional do Paraguai, havendo, inclusive, muita resistência por parte da população local.

Em 2012, tendo em vista a deposição de seu ex-presidente, o Paraguai ficou suspenso, temporariamente, do MERCOSUL, até que as eleições democráticas se efetivassem. Dessa forma, não havendo mais o embargo que era colocado pelo Paraguai, no mesmo ano, a Venezuela foi finalmente incorporada.

O Decreto nº 7.859/2012 promulgou o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, firmado pelos Presidentes dos Estados-Partes do MERCOSUL e da República Bolivariana da Venezuela em Caracas, em 2006.

---

[2] De acordo com o art. 20 do Tratado de Assunção, o MERCOSUL estará aberto à adesão, mediante negociação, dos demais países-membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados-Partes depois de 5 anos de vigência desse Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países-membros da Associação LatinoAmericana de Integração que não façam parte de esquemas de integração sub-regional ou de uma associação extrarregional. A aprovação das solicitações, conforme estabelecido no citado dispositivo, será objeto de decisão unânime dos Estados-Partes.

Assim, atualmente, os Estados-partes do MERCOSUL são Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela. A Bolívia está em processo de adesão.[3]

O mercado comum, conforme visto, será a etapa final do processo, que se encontra em andamento.

Como ensina Celso Bastos, "a primeira etapa de qualquer processo integracionista é a zona de livre comércio, que no caso do Mercosul já foi concluída. Funcionando o livre comércio, passa-se para a união aduaneira, que é a adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC); o Mercosul já adotou a TEC. Consolidada a união aduaneira e eliminando-se qualquer restrição relativa a bens e serviços, estar-se-á no mercado comum. O Mercosul pretende chegar até aqui. Mas o processo vai mais longe, incluindo a união econômica e a união monetária, que já estão sendo alcançadas pela União Europeia... ainda não há propriamente um mercado comum para que possa fazer jus ao seu nome: Mercado Comum do Sul".[4]

Importante frisar a diferença entre Zona de Livre Comércio, União Aduaneira e Mercado Comum, propriamente dito:

• Zona de Livre Comércio: etapa ou tipo de integração em que são eliminadas todas as barreiras ao comércio entre os membros do grupo;

• União Aduaneira: etapa ou tipo de integração em que, além do livre comércio entre os membros do grupo, existe a aplicação de uma Tarifa Externa Comum ao comércio com terceiros países (TEC – "tarifa comum cobrada por um grupo de países sócios que exigem o mesmo imposto à entrada de mercadorias provenientes de terceiros países");

• Mercado Comum: além da TEC e do livre comércio de bens, existe a livre circulação de fatores de produção (capital e trabalho).

"Dessa forma, os Estados-Partes iniciaram nova etapa – de consolidação e aprofundamento – em que a zona de livre comércio e a união aduaneira constituem passos intermediários para alcançar um mercado único que gere um maior crescimento de suas economias, aproveitando o efeito multiplicador da especialização, das economias de escala e do maior poder de negociação do bloco".[5]

---

[3] Ilustre leitor, no momento do estudo, checar a existência de eventuais novos integrantes. Lembramos, ainda, os denominados Estados Associados ao MERCOSUL, que são: Chile, Colômbia, Equador, Peru, sendo Guiana e Suriname em processo de ratificação (cf. as Decisões do Conselho Mercado Comum de nº 14/1996, nº 18/2004, nº 28/2004 e nº 11/2013, que podem ser consultadas no site da Secretaria do MERCOSUL – http://www.mercosur.int/). A existência desses Estados Associados "justifica-se em função do compromisso do MERCOSUL com o aprofundamento do processo de integração regional e pela importância de desenvolver e intensificar as relações com os países-membros da ALADI (Associação Latino Americana de Integração). Nesse sentido, apenas países-membros da ALADI podem associar-se ao MERCOSUL, desde que celebrem Acordos de Livre Comércio com o bloco. Além disso, Estados que desejem se associar devem aderir ao Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile e à Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL. Os Estados Associados podem participar, na qualidade de convidados, das reuniões dos órgãos da estrutura institucional do MERCOSUL para tratar temas de interesse comum, mas sem direito a voto" (texto retirado de "perguntas recentes" do site http://www.mercosul.gov.br/, acesso em 2014).

[4] BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.*

[5] Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm

Em suma, o Tratado de Assunção (1991), ato fundacional do Mercosul, o Protocolo de Brasília, de 1991, e o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, constituem os principais instrumentos jurídicos do processo de integração.

Da assinatura do Tratado de Assunção até a assinatura do Tratado de Ouro Preto (1994), tivemos aquilo que a doutrina denominou "período de transição" do processo de implantação do Mercosul.

O Protocolo de Ouro Preto, por seu turno, definiu a estrutura institucional do Mercado Comum, reconhecendo "... a personalidade jurídica de direito internacional do bloco, atribuindo-lhe, assim, competência para negociar, em nome próprio, acordos com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. Hoje, a compatibilidade jurídica do Mercosul com a Aladi e com o Gatt, o êxito comercial da integração e o fato de ser uma entidade dotada de personalidade jurídica garantem a sua condição de parceiro econômico relevante no plano internacional".

Em busca da consolidação da União Aduaneira em curso, o bloco, como meta final do processo integrativo, orienta-se para a implementação do Mercado Comum do Sul, marcado, fundamentalmente, pela livre circulação de fatores de produção, quais sejam, o capital e o trabalho.[6]

21.8.3 MERCOSUL – Evolução do Sistema de Solução de Controvérsias. Tribunal Permanente de Revisão (TPR)

O sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL surgiu com o seu nascimento, qual seja, com a assinatura do Tratado de Assunção (1991), cujo Anexo III estabeleceu um sistema provisório, fundado em negociações diretas entre os Estados-Partes e que vigoraria até 1994, quando passaria a ser adotado um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum.

No caso de não lograrem uma solução, estabelecia referido anexo que os Estados submeteriam a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum, que, após avaliar a situação, formularia, no lapso de 60 dias, as recomendações pertinentes às Partes.

Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco fosse alcançada a solução, a controvérsia seria elevada ao Conselho do Mercado Comum para que este adotasse as recomendações pertinentes.

Em seguida, no mesmo ano, em complemento ao Tratado de Assunção, firmou-se o Protocolo de Brasília, que manteve o sistema provisório de solução de controvérsias, até que

[6] Todas essas informações (e citações) foram obtidas nos sites: e, de extrema valia para os candidatos que forem prestar concursos que exigem conhecimentos aprofundados sobre direito internacional. Salvo os aspectos de conhecimento geral, não nos parece o perfil dos principais concursos estaduais (Magistratura, MP, OAB etc.).

entrasse em vigor o Sistema Permanente a que se refere o número 3 do Anexo III do Tratado de Assunção.

Finalmente, em 2002, foi assinado o Protocolo de Olivos, aperfeiçoando o sistema de solução de controvérsias vigente e criando, então, o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), considerando "a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do MERCOSUL, de forma consistente e sistemática".[7]

O TPR, de acordo com as regras estabelecidas, poderá se reunir como primeira e única instância ou como tribunal recursal (art. 17, art. 19 e art. 23 do Protocolo de Olivos – PO), bem como emitindo opiniões consultivas (art. 3º do PO).

As opiniões consultivas "são pronunciamentos fundados – não vinculantes nem mesmo obrigatórios – do TPR com relação a perguntas de caráter jurídico com respeito à interpretação e aplicação das normas MERCOSUL em um caso concreto com o objetivo de resguardar sua aplicação uniforme no território dos Estados-Partes (art. 3 e art. 11, do Decreto nº 37/2003-CMC, Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias – RPO). Destes pronunciamentos podem recorrer os Estados-Partes, os órgãos decisórios do MERCOSUL (CMC, GMC e CCM), os Superiores Tribunais de Justiça dos Estados-Partes e o Parlamento do MERCOSUL (art. 2, art. 3 e art. 4 do Decreto nº 2/2007-RPO/CMC e art. 13 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL)".[8]

No caso de solicitação pelos Tribunais Superiores dos Estados-Partes com jurisdição nacional, reforça o art. 4º, do RPO, que as opiniões consultivas devem dizer respeito exclusivamente à interpretação jurídica das normas do MERCOSUL mencionadas no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 2/2007-RPO/CMC, desde que estejam ligadas a causas que estão em curso perante o Judiciário do Estado-Parte. O procedimento para a concretização das opiniões consultivas será regulado pelos Tribunais Superiores dos Estados-Partes.

Pois bem, nesse sentido, de maneira bastante interessante, o STF (no caso o "Tribunal Superior") regulamentou o procedimento nos termos da ER nº 48/2012, que introduziu os art. 7º, VIII, art. 354-H a 354-M ao RISTF.

Trata-se de procedimento administrativo, e não jurisdicional, e que poderá ser instaurado pelo juiz da causa ou alguma das partes,[9] deixando clara a regra regimental que a opinião consultiva emitida pelo TPR não terá caráter vinculante nem obrigatório.

---

[7] Cf. http://www.tprmercosur.org/, acesso em 08.02.2014

[8] http://www.tprmercosur.org/pt/sol_contr_ini_opiniones.htm, acesso em 08.02.2014.

[9] Cf. Pet 4.383, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2013, DJE de 2013.

REFERÊNCIAS

A

ABELHA RODRIGUES, Marcelo: *Elementos de direito processual civil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo: S*uspensão de segurança – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba: *Manual de direito internacional público*. São Paulo. Saraiva, 2009.

AGRA, Walber de Moura: *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal – Densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

AGRA, Walber de Moura: *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

AGRA, Walber de Moura: *Fraudes à Constituição – um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, 2000.

ALEGRE, José Sérgio Monte: *A ação popular como instrumento de participação popular*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro.

ALEXY, Robert; SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo. Malheiros, 2008.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de: *O novo controle de constitucionalidade municipal*. Rio de Janeiro. Forense, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de: *A Constituição do estado federal e das unidades federadas*. Revista de Informação Legislativa, 1987.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de: *A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro – Análise do tema à luz do direito constitucional.* Revista do Advogado, São Paulo, 2003.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Efeitos da Constituição sobre o direito anterior*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, jun. 1989.

ALVES, Alaôr Caffé: *Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro.* Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, 1998.

ALVIM NETTO, Arruda: *Direito processual civil – teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972.

AMORIM, Paulo Roberto Rodrigues: *Os direitos humanos da terceira geração*. São Paulo, 1996.

ANTUNES, Luis Felipe Colaço: *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo – para uma legitimação procedimental*. Coimbra, Almedina, 1989.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de: *Correição parcial.* 1969.

ARAUJO, Julyver Modesto de: *Emenda constitucional dos agentes de trânsito*. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto: *"Neoconstitucionalismo" – Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, 2009.

ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue – mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer jurídico, São Paulo, 2010.

AZEVEDO, Júlio Camargo de: *Prática cível para defensoria pública*. Belo Horizonte: Constituição Estadual I, 2018.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de: *Prática do processo legislativo – jogo parlamentar, fluxos de poder e ideias no congresso, exemplos e momentos comentados*. São Paulo: Atlas, 2001.

B

BACHA, Sergio Reginaldo: *Constituição Federal – leis complementares e leis ordinárias – hierarquia?* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BACHA, Sergio Reginaldo: *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BACHOF, Otto: *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra, Almedina, 1994.

BAMFORTH Nicholas: *Parliamentary sovereignty and the human rights act.* Journal Article, Public Law 1998.

BARBOSA, Rui: *Actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Impressora, 1893.

BARBOSA, Rui: *Oração aos moços – edição comemorativa do centenário de nascimento do grande brasileiro.* São Paulo, 1949.

BARBOSA, Rui: *República, teoria e prática – Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana.* Petrópolis, Vozes, 1978.

BARCELLOS, Ana Paula de: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de: *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de: *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Sergio Resende de: *O nó górdio do sistema misto.* São Paulo, Atlas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto: *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – Critérios de ponderação – interpretação constitucionalmente adequada do código civil e, da Lei de imprensa*. 2015.

BARROSO, Luís Roberto: *A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto: *Contramajoritário, representativo e iluminista – os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto: *Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies) – delegações legislativas (validade e extensão) – poder regulamentar (conteúdo e limites)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto: *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová – dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Belo Horizonte: 2018.

BARROSO, Luís Roberto: *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto: *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no brasil).* Revista Forense, Rio de Janeiro, 2006.

BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto: *Temas de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho: *A morte como ela é – dignidade e autonomia individual no final da vida.* Revista Consultor Jurídico, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos: *Trabalhando com uma nova lógica – a ascensão dos precedentes no direito brasileiro.*2017.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Parecer jurídico, São Paulo, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Hermenêutica e interpretação da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no brasil).* Revista Forense, Rio de Janeiro, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Temas de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres: *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos: *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.* Brooklyn Law Review, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales – el debate bayón-rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini: *Tribunal penal internacional e o princípio da complementaridade*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de: *Princípios constitucionais do processo penal – questões polêmicas*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo.* São Paulo: Malheiros, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência : (tentativa de sistematização).* São Paulo, Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENDIX, Reinhard: *Construção nacional e cidadania – estudos de nossa ordem social em mudança.* São Paulo, 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos: *Dano ambiental – prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BERNARDES, Juliano Taveira: *Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade"*. Jus Navigandi, Teresina, 2005.

BERNARDES, Juliano Taveira: *Controle abstrato de constitucionalidade – elementos materiais e princípios processuais.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino: *Súmulas do stf comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEZNOS, Clóvis: *Ação popular e ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 1996.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio: *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINENBOJM, Gustavo: *A nova jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco: *Dicionário de política.* Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Comentários à Constituição do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados: *Regimento interno da câmara dos deputados.* Aprovado pela Res. nº 17/1989, e alterado pelas Resoluções nº 1, 3 e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; 57 e 58, de 1994; 1, 77, 78 e 80, de 1995; 5, 8 e 15, de 1996; 33, de 1999; e 11, de 2000. 5. ed.

BRASIL, Leis etc: *Collecção das leis do brazil de 1808.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BRASÍLIA: Câmara dos Deputados: *Coordenação de publicações, 2000 (Série textos básicos, nº 18).*

BRASÍLIA: Câmara dos Deputados: *Leis etc. colecção das leis do império do brasil de 1827.* Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

BRASÍLIA: Câmara dos Deputados: *Regimento comum – Res. nº 1, de 1970-CN, com alterações posteriores até 1994*: legislação conexa. Brasília: Congresso Nacional, 1977.

BRASÍLIA: Senado Federal: *Regimento interno – Res. nº 93, de 1970.* Brasília: Senado Federal, 1999. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella: *Manual de direito processual civil – volume único.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella: *Novo código de processo civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal anotada.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2008.

BURDEAU, Georges: *Traité de science politique.* Paris: LGDJ, 1969. v. 4.

BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira: *Defensoria pública [recurso eletrônico] – o reconhecimento constitucional de uma metagarantia.* Dados eletrônicos. Brasília: Anadep, 2015.

BURNHAM, William: *Introduction to the law and the legal system of the united states.* St. Paul, West, Thomson Reuters, 2011.

BUSSI, Emilio: *Evoluzione storica dei tipi di stato.* Milano: Malfasi, 1948.

BUZAID, Alfredo: *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUZAID, Alfredo: *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1958.

C

CAETANO, Marcelo: *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

CALCINI, Fábio Pallaretti: *Limites ao poder de reforma da Constituição – o embate entre as gerações.* Campinas: Millennium, 2009.

CALMON FILHO, Petrônio: *Reforma constitucional do poder judiciário.* São Paulo. Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2001.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo: *constituições do brasil – compilação e atualização dos textos.* São Paulo: Atlas, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes: *Os desafios do judiciário – Um enquadramento teórico*. Malheiros, São Paulo, 2010.

CAMPOS, Francisco: *Direito constitucional.* Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, J. J Gomes*: Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes: *Estudos sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Ed., 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L: *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo. Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital: *Constituição da república portuguesa anotada.* 1985.

CAPEZ, Fernando: *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro: *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 12/309-21

CAPPELLETTI, Mauro: *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.* São Paulo, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro: *Giustizia e società.* Milano, Comunità, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro: *Juízes legisladores.* Porto Alegre, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre, 1999

CAPPELLETTI, Mauro. *Temas de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à justiça.* Porto Alegre, 1988.

CARBONELL, Miguel: *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid, Trotta, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto: *Arbitragem e processo – um comentário à Lei nº 9.307/1996.* São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão: *Jurisdição e competência.* São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro: *O ministério público no processo civil e penal – promotor natural – atribuição e conflito.* Rio de Janeiro: Forense, UERJ, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio: *Curso de direito constitucional tributário – até a emenda constitucional nº 31/2000.* São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana.* Revista Española de Derecho International, Madrid, 1972.

CARVALHO, Alcirio Dardeau de: *Nacionalidade e Cidadania – Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Ivan Lyra de: *Mandado de segurança coletivo e partidos políticos.* Revista Trimestral de Direito Público.

CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito constitucional – teoria do estado e da Constituição – direito constitucional positivo.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros: *Curso de direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2000.

CASSEB, Paulo Adib: *Processo legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASSETTARI, Christiano: *Elementos de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO NUNES, José. *Teoria e prática do poder judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua: *Direito eleitoral brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional law – principles and policies.* New York: Wolters Kluwer Law e Business, 2011

CHEMERINSKY, Erwin: *In defense of judicial review – the perils of popular constitutionalism.* University of Illinois Law Review, 2004.

CHEVALLIER, Jacques: *Direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CHEVALLIER, Jacques: *L"etat de droit.* Paris: Montchrestien, 1994.

CHEVALLIER, Jacques: *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis.* São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha: *Apontamentos de direito constitucional.* São Paulo: Paloma, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; et. al.: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin: *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin: *Medidas provisórias.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto: *Doutrinas essenciais direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa: *Para entender kelsen.* São Paulo: Max Limonad.

COELHO, Inocêncio Mártires: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COOLEY, Thomas Mcintyre: *A treatise on the constitutional limitations*. Boston, 1890.

COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder: *Réquiem para uma Constituição.* Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo,1998.

CÓRDOVA, Haman Tabosa de Moraes e: *Defensoria pública é cláusula pétrea da Constituição*. Revista Consultor Jurídico, 2012.

CORREIA, Érica Paula Barcha: *Comentário ao art. 54, do ADCT*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA, Sílvio Nazareno: *Súmula vinculante e reforma do judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José: *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Controle das omissões do poder público – Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Controle de constitucionalidade, teoria e prática.* Salvador, 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da: *Curso de direito constitucional*. Salvador, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da: *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2011.

D

DALLARI, Dalmo de Abreu: *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Ivo: *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DANTAS, Ivo: *Poder constituinte e revolução – breve introdução à teoria sociológica do direito constitucional.* Rio de Janeiro, 1976.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro: *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa.* São Paulo: Saraiva, 2000.

DAVID, René: *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DERANI, Cristiane: *Direito ambiental econômico.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia: *Cidadania e justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.

DIAS, Maria Berenice: *União homossexual – o preconceito e a justiça.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIDIER JR., Fredie: *Transformações do recurso extraordinário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIMOULIS, Dimitri: *Significado e atualidade da separação de poderes.* In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIMOULIS, Dimitri: *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo.* In: SALOMÃO, Leite George; SALOMÃO, Leite Glauco (Org.). Constituição e efetividade constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 43-53.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos: *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: *Teoria geral dos direitos fundamentais.* 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *A reclamação no processo civil brasileiro.* Revista do Advogado, São Paulo, nº 61, p. 104-10. nov. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *Execução civil.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 582 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001. 3 v.

DINIZ, Debora: *Quando a morte é um ato de cuidado.* In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-307.

DINIZ, Maria Helena: *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena: *Conflito de normas.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena: *Curso de direito civil brasileiro.* São Paulo, Saraiva jur, 2022.

DINIZ, Maria Helena: *Norma constitucional e seus efeitos.* 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena: *Participação popular na administração pública.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DINIZ, Maria Helena; GRECO FILHO, Vicente; GASPARINI, Diogenes: *Mandado de segurança, ação civil pública, ação popular.* Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 20, nº 7, p. 731-47, jul. 2004.

DOTTI, René Ariel: *Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DROMI, José Roberto: *La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir"*. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

DUARTE, Écio Oto Ramos: *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito.* 2. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*. 18. tir. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald; BOEIRA, Nelson: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

E

ENTERRÍA, Eduardo García de: *Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales.* Revista de Direito Público, São Paulo, v. 22, nº 92, p. 5-16, out./dez. 1989.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios: *Direito penal esquematizado: parte geral.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn: *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* 3. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

F

FACCHINI NETO, Eugênio: *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

FACHIN, Luiz Edson: *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, p. 139-140 (tradução livre).

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.*

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen: *Aos 20 anos da convenção 169 da oIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na américa latina*, p. 25-31.

FARIA, Cássio Juvenal: *Comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Edições Paloma, 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira: *Crise do direito numa sociedade em mudança.* Brasília: Ed. UnB, 1988.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira: *Direito e justiça: a função social do judiciário.* 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros. 2010

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira: *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco: *El bloque de la constitucionalidad: simposium franco-español de derecho constitucional*. Madrid-Sevilla: Civitas/Universidad de Sevilla, 1991.

FERRANDO BADÍA, Juan: *El estado unitario, el federal y el estado autonómico*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1986. 391 p.

FERRANDO BADÍA, Juan: *Teoría y realidad del estado autonómico.* Revista de Política Comparada III, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1980-1981.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery: *Controle da constitucionalidade das leis municipais.* 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.* 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (3. ed., 1992).

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Poder constituinte dos estados-membros.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha: *Processos informais de mudanças da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Sérgio: *Responsabilidade civil por dano ecológico*. Revista de Direito Público, São Paulo, nº 49-50, p. 34-41, jan./jun. 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *O poder constituinte*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda: *Novo aurélio século XXI*: *O dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Ivette Senise: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Ivette Senise: *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERREIRA, Ivette Senise: *Tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *A imunidade parlamentar na emenda constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001.* Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, jun./ago. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 03.01.2003.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Controle de constitucionalidade e seus efeitos.* São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Sistema constitucional das crises – Restrições a direitos fundamentais.* São Paulo: Método, 2009. v. 12 (Col. Prof. Gilmar Mendes).

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni: *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão.* Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, mar. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 03.01.2003.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LENZA, Pedro: *Constituição Federal: 15 anos – mutação e evolução – comentários e perspectivas.* São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA, Pinto: *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto: *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1983.

FINGER, Julio César: *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil.* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco: *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 (Coleção Estudos de Direito de Processo em homenagem a Enrico Tullio Liebman, nº 31; originalmente apresentada como tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1993).

FOX, Richard G: *Protecting the whistleblower*. Adelaide Law Review, v. 9, 1983.

FRAGA, Mirtô: *o conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FRANCISCO, José Carlos: *Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais*. In Reforma do Judiciário. São Paulo: Editora Método, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo; SOUZA, Carlos Fernando Mathias de: *O constitucionalismo de d. pedro i no brasil e em portugal.* (ed. fac-similar). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 (Coleção História Constitucional Brasileira).

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor josé carlos barbosa moreira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

G

GARCÉS V., Fernando: *Os esforços de construção descolonizada de um estado plurinacional na bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavalheiro com um novo paletó.* In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 167-192.

GARNER, Bryan A: *Black"s law dictionary*. 10. ed. St. Paul, West, Thomson Reuters, 2014.

GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas: *O Defensor-Hermes, o amicus communitas – a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva.* Empório do Direto, 2015.

GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto administrativo.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

GOMES, Joaquim B. Barbosa: *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos eUA.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio: *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio: *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Luiz Flávio: *Está nascendo o primeiro tribunal penal internacional.* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 56, abr. 2002. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2920. Acesso em: 02.02.2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro: direito de família*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. VI.

GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil esquematizado.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MARIA, Maurilio Casas: *Custos vulnerabilis – a Defensoria Pública e o (re)equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis.* Revista Consultor Jurídico, 2020.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos: *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2010 (Coleção Concursos Jurídicos, v. 18).

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos: *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.* Belo Horizonte: Fórum, 2007 (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1).

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios: *Direito processual civil esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Vitor Fernandes: *O controle de constitucionalidade das leis do distrito federal.* Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.

GRECO FILHO, Vicente: *Acesso à justiça*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. 8 p. (Cadernos Liberais).

GRECO FILHO, Vicente: *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRIJALVA, Agustín: *O estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008*. In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 113-133.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista*. Juriscível do STF, São Joaquim da Barra-SP, v. 5, nº 55, p. 7-19, jul. 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 10, p. 1-9, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: FIESP/CIESP, 1997 (Reunião realizada em 24.09.1996 na sede da FIESP/CIESP – Debates sem revisão dos participantes: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Miguel Reale Junior, Octavio Bueno Magano, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Esther de Figueiredo Ferraz).

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984 (Série Estudos jurídicos, nº 1).

GRINOVER, Ada Pellegrini: *A tutela jurisdicional dos interesses difusos.* Revista de Processo, São Paulo, nº 14-15, abr./set. 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. Revista de Processo, São Paulo, v. 22, nº 87, p. 37-47, jul./set. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *As garantias constitucionais do direito de ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. XII.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Controle da constitucionalidade*. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, nº 90, p. 11-21, abr./jun. 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Da reclamação*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 9, nº 38, p. 75-83, abr./jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. xv.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. xi (Série Biblioteca Jurídica).

GRINOVER, Ada Pellegrini: *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 51, nº 307, p. 7-12, maio 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães: *As nulidades no processo penal.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUASTINI, R: *Estudios sobre la interpretación jurídica.* 9. ed. Mexico, 2010.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis: *Democracy and disagreement*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1996. 422 p.

GYLFASON, Thorvaldur: *From collapse to constitution: the case of iceland*. In: PAGANETTO, Luigi (Ed.). Public Debt, Global Governance and Economic Dynamism, Springer Milan, 2013, p. 379-417.

H

HÄBERLE, Peter: *Demokratische verfassungstheorie im lichte des möglichkeitsdenken 1977 mit nachtrag 1978*. In: Verfassung als öffentlicher Prozeβ: Materialen zu einer Vefassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

HÄBERLE, Peter: *Die verfassung des pluralismus: studien zur verfassungstheorie der offenen gesellschaft broschiert* – Müller, C F, 1980.

HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997. Orig. *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten.* 1975

HÄBERLE, Peter: *Zeit und verfassung.* in DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich *Probleme der verfassungsinterpretation.* Seiten, 1976

HAMILTON, Alexander: *O federalista.* Rio de Janeiro, Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp. 1840.

HART, Herbert L. A: *The ascription of responsibility and rights.* Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, v. 49 (1948-1949), p. 171-194.

HESSE, Konrad: *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997, 2002 (reimpr.).

HORBACH, Carlos Bastide: *A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, nº 859, p. 81-91, maio 2007.

HORTA, Raul Machado: *A autonomia do estado-Membro no direito constitucional brasileiro.* Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1964.

HORTA, Raul Machado: *Direito constitucional.* 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 (4. ed., 2003).

I

IPSEN, Jörn: *Rechtsfolgen der verfassungswidrigkeit von norm und einzelakt, baden-Baden*, 1980.

ISERN, Luiz Francisco: *Controle de constitucionalidade por meio do veto municipal.* São Paulo: Método, 2002. IVO, Gabriel. Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

IVO, Gabriel: *Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do estado-membro.* Imprenta: São Paulo, M. Limonad, 1997.

J

JESUS, Damásio Evangelista de: *Ação penal sem crime.* Phoenix – Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nº 38, dez. 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Código de processo penal anotado.* 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Código penal anotado.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Conceito de idoso na legislação penal brasileira.* São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, mar. 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Direito penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Foro por prerrogativa de função*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Imunidade parlamentar processual – nova trapalhada legislativa.* São Paulo 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Reforma do poder judiciário – EC nº 45/2004*. Informativo eletrônico do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, ano II, nº 31, fev. 2005, Seção artigos.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Órgão informativo do complexo jurídico* São Paulo 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de: *Só os pobres vão sujar os dedos*. Phoenix – Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nº 4, fev. 2001.

K

KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1984 (Coleção Stvdivm; Temas filosóficos, jurídicos e sociais).

KISS, Alexandre: *Droit international de l"environnement: Études internationales.* Paris: A. Pedone, 1989, nº 3.

KRAMER, Larry D: *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.* Oxford University Press, USA, 2004.

KRAMER, Larry D: *The supreme court 2000 term forward: we the court*, v. 115, Harvard Law Review, p. 4-169 (2001).

L

LANDAU, David. E: *Abusive constitutionalism*. U.C. Davis Law Review, Vol. 47, Issue 1 (November 2013), p. 189-260.

LARENZ, Karl: *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica.* Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985 (Monografías Civitas).

LARENZ, Karl; LAMEGO, Jose; FREITAS, Ana: *Metodologia da ciência do direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Roger Stiefelmann: *O efeito vinculante na jurisdição constitucional.* São Paulo, 2004. Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

LEAL, Vitor Nunes: *Atualidades do supremo tribunal.* RF 208/17

LEITE, Eduardo de Oliveira: *A monografia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEITE, Glauco Salomão: *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LENZA, Pedro: *A arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do sTF*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Forense, 2003.

LENZA, Pedro: *A importância das escolas de aperfeiçoamento vinculadas às carreiras jurídicas – a escola superior de advocacia*. Jornal OAB/Pinheiros, São Paulo, ano IV, nº 12, out. 2001.

LENZA, Pedro: *As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais.* In: ROCHA, Júlio César de Sá; MISI, Márcia Costa (Org.). O direito e os desafios da contemporaneidade. São Paulo: LTr, 1999.

LENZA, Pedro: *Breves comentários sobre a Res. nº 1/2002-CN, que dispõe sobre a tramitação das medidas provisórias no congresso nacional em consonância com a* EC nº *32/2001*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2002. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

LENZA, Pedro: *Breves comentários sobre as medidas provisórias de acordo com a emenda constitucional nº 32, de 11.09.2001.* São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

LENZA, Pedro: *Coisa julgada erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante, 2006* (Tese de Doutorado – USP).

LENZA, Pedro: *Competência na ação civil pública: dano de âmbito local, regional e nacional – art. 93 do cDC*. Revista de Processo, São Paulo, v. 30, nº 129, p. 272-284, nov. 2005.

LENZA, Pedro: *E por que não a justiça*? Revista Tributária e de Finanças Públicas (Academia Brasileira de Direito Tributário), São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 41, nov./dez. 2001.

LENZA, Pedro: *Efectividad del proceso colectivo: el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica y el derecho brasileño*. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogeneos hacia un Código Modelo para Iberoamérica. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Porrúa, 2003. p. 157-173.

LENZA, Pedro: *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LENZA, Pedro: *Trabalho forense: "Modelo de ação rescisória de acórdão do supremo tribunal federal, tendo por objeto o valor da alíquota da contribuição devida para o finsocial, envolvendo empresa prestadora de serviço"*. Revista Tributária e de Finanças Públicas (Academia Brasileira de Direito Tributário), São Paulo, nº 43, mar./abr. 2002.

LEONCY, Léo Ferreira: *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo: *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no brasil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Alcides de Mendonça: *O poder judiciário e a nova Constituição*, Aide, 1989.

LIMA, Renato Brasileiro de: *Manual de processo penal.* Salvador, JusPODIVM, 2016.

LLORENTE, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto: *Constitucionalização do direito civil*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

M

MACEDO, Dimas. *O discurso do poder constituinte: uma abordagem crítica.* Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito: *Efeitos da medida provisória rejeitada.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, nº 700, p. 46-47, fev. 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme: *Direito ambiental brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAIA, Maurilio Casas: *A Defensoria pública no novo código de processo civil – primeira análise.* Revista de Processo, São Paulo, v. 42, nº 265, p. 301-341, mar. 2017.

MAIA, Maurilio Casas: *Custos vulnerabilis constitucional – o estado defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/2014*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, nº 417, p. 55-57, jun. 2014.

MAIA, Maurilio Casas: *O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria pública) e o sistema federativo: defensorias municipais? O caso da ADPF 279*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Ed RT, ano 107, v. 987, p. 127-158, jan. 2018.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares: *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública, em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei nº 7.347/1985 e legislação complementar).* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular – Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Coleção Controle Jurisdicional dos Atos do Estado).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque: *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*. São Paulo, 2004. 219 p. Tese de Doutorado, FADUSP, FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, orient.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto: *Controle de constitucionalidade no projeto de Lei de conversão de medida provisória em face dos "Contrabandos legislativos": salvaguarda do estado democrático de direito*. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 235-252.

MARSHALL, John; *Decisões constituintes de marshall.* 1755-1835. Reimpressão fac-similar. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça.) Trad. Américo Lobo; Apresentação de Nelson A. Jobim; Introdução de Josaphat Marinho.

MARSHALL, Thomas Humphrey: *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍN MATEO, Ramón: *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994; 2. tir., 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868/1999.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do: *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I e II.

MARQUES, José Frederico: *Manual de direito processual civil*, 9. ed., Saraiva, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *A prática de "Atividade jurídica" nos concursos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lara (Coord.). Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Método, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *Introdução ao ministério público*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *O foro por prerrogativa de função e a Lei nº 10.628/2002*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *Regime jurídico do ministério público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Curso de direito internacional público.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Direitos humanos e relações internacionais.* Campinas: Agá Juris, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MCGOLDRICK, Dominic: *Sustainable development and human rights: an integrated conception.* International and Comparative Law Quarterly, London, v. 45, nº 4, p. 796-818, oct. 1996.

MCKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon: *Modern political economy – an introduction to economics, New York, McGraw Hill Book Company*. New York, 1978. In BENJAMIN, Aantonio Hermarn. de V. (Coord.): Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

MCMAHON, Christopher: *Reasonable disagreement: a theory of political morality*. Cambridge University Press; reprint edition (July 19, 2012). 214 p.

MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito administrativo brasileiro.* 18. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes: *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas corpus".* 19. ed. atual. por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Augusto Cordeiro de: *Processo no supremo tribunal federal.* v. 1., 1964.

MELLO FILHO, José Celso de: A*lgumas notas informativas (e curiosas) sobre o supremo tribunal (Império e república): texto elaborado pelo ministro celso de mello com o apoio técnico da secretaria de documentação do sTF, sob a direção de maria cristina rodrigues silvestre.* Disponível em: http://www.stf.gov.br/institucional/notas.

MELLO FILHO, José Celso de: *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELLO FILHO, José Celso de: *Notas sobre o supremo tribunal (Império e república).* 4. ed. 2014, p. 23. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de direito administrativo.* 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de: *Princípios gerais de direito administrativo: introdução.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

MELO, Mônica de: *Direitos políticos de participação e controle popular no regime republicano presidencialista brasileiro: o plebiscito e o referendum.* Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, dez. 1993.

MELO, Mônica de: *Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos constitucionais de participação popular.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2001.

MENDES, Conrado Hübner: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* São Paulo: Saraiva/FGV, 2011. 254 p. (Apresentado originalmente como tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.)

MENDES, Gilmar Ferreira: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental a) (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal).* Revista Jurídica Virtual, nº 7, dez. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no brasil e na alemanha.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Moreira alves e o controle de constitucionalidade no brasil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira: *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, nº 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o supremo tribunal federal: uma proposta de projeto de lei.* Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 1, nº 6, p. 1-11, out./nov. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira: *Tribunal constitucional alemão.* O apelo ao legislador – "appellentscheidung" – na práxis da corte constitucional alemã. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 25, nº 99, p. 32-53, jul./set. 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Tratado de direito constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007 (5. ed., 2010).

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L; *Comentários à Constituição do brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves: *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: leituras complementares de constitucional – direitos fundamentais.* Org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPodivm, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de: *A ação afirmativa ("Affirmative action") no direito norte-Americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édis: *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Édis: *Tutela jurisdicional do ambiente.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, nº 676, p. 48-59, fev. 1992. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini: *Processo penal.* São Paulo, Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional.* Coimbra: [s.n.], 1987. t. 2.

MONTE ALEGRE, José Sérgio: *Ação popular não é direito político.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 189, p. 123-38, jul./set. 1992.

MONTORO, André Franco: *Direito constitucional.* 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTORO, André Franco: *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de: *Constituição do brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de: *Direito constitucional.* 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de: *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de: *Do processo interventivo no contorno do estado federal.* in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional nº 45/2004, p. 229

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. da: *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de: *A caminho de um direito civil constitucional. direito, estado e sociedade*, Rio de Janeiro, nº 1, p. 59-73, jul./dez. 1991.

MORAIS, José Luis Bolzan de: *Do interesse social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Josó Carlos Barbosa: *O direito à assistência jurídica – evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo.* Rio de Janeiro, UERJ, 1993.

MOREIRA, Josó Carlos Barbosa: *Temas de direito processual.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Interferência entre poderes do estado – fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988.* Revista de Informação Legislativa Brasileira, ano 26, nº 103, jul./set. 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Mutações do direito administrativo.* 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro: *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes. v. 7).

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "Interesses difusos".* Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123 (também em RePro, nº 28, São Paulo, out.-dez. 1982).

MOREIRA, José Carlos Barbosa: C*omentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12. ed. rev. e atual. (inclusive de acordo com o novo código civil e com a emenda constitucional nº 45).* Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5 (art. 476 a 565).

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material.* Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 62, p. 43-68, jan./mar. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Duas gerações de processualistas brasileiros.* Temas de direito processual. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243-249.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Questões prejudiciais e coisa julgada.* Rio de Janeiro: [s. n.], 1967. 132 p. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso: *Curso de direito constitucional.* 4. ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MUSCARI, Marco Antônio Botto: *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. Dissertação de Mestrado – FADUSP.

N

NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo de juízes na Constituição do brasil de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NASCIMENTO, Luiz Sales do: *Direito constitucional comparado: pressupostos teóricos e princípios gerais.* São Paulo: Verbatim, 2011.

NERY JR., Nelson: *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.* Parecer jurídico, São Paulo, 2009.

NERY JR., Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade: *Código de processo civil comentado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade: *Leis civis comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Atualizadas até 20.07.2006.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (Textos de vários autores).

NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direito).

NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana: *Do amicus curiae.* Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 63, p. 13-28. abr./jun. 2005.

NUNES, José de Castro: *Teoria e prática do poder judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1943.

O

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de; MORATO, José Rubens Leite: *Cidadania coletiva.* Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: *Curso de processo penal.* 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORTEGA Y GASSET, José: *A rebelião das massas.* Trad. Marylene Pinto Michel. Rev. Maria Estela Heider Cavalheiro. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

P

PACHECO, José da Silva: *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo: EC nº *80/2014 dá novo perfil constitucional à defensoria pública*. Revista Consultor Jurídico, 06.10.2015, 14h26.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMANN, Thimotie Aragon: *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PALU, Osvaldo Luiz: *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.* 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo: *Controle de constitucionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo: *Direito constitucional descomplicado.* 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo: *Processo legislativo*. Niterói: Impetus, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; MAIA, Juliana: *Aulas de direito constitucional.* 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PAZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?* Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, nº 7, p. 231-53, jan./jun. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves: *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERJU, Vlad: *The romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 13, Issue 1 (January 2015), p. 246-278.

PESSINI, Leo: *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Bioética, Brasília, v. 4, nº 1, p. 31-43, 1996.

PIÇARRA, Nuno: *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIMENTA BUENO, José Antônio: *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958. v. 16.

PINTO, Élida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang: *Regime previsto na* EC nº *86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde.* Revista Consultor Jurídico, 24.03.2015.

PIOVESAN, Flávia Cristina: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia Cristina: *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, Editor. v. I (art. 1-36).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Temas relevantes de direito constitucional: poder constituinte.* Brasília: Fortium, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

POPP, Carlyle: *A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, nº 113, jan./mar. 1992.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia: *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro.* In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). Constituição Federal: 15 anos – mutação e evolução – comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia: *Temas relevantes de direito constitucional: poder constituinte*. Imprenta: Brasília, Fortium, 2005.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: *Democratic constitutionalism and backlash.* Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper nº 131. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=990968.

PRADO, Luiz Regis: *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – doutrina, jurisprudência, legislação.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis: *Direito penal ambiental: problemas fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. RAMOS, Dirceo Torrecillas. O federalismo assimétrico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

R

RAGE, Roe: *Democratic constitutionalism and backlash*, Yale Law School, 2007.

RAMOS, Elival da Silva: *A ação popular como instrumento de participação política.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAMOS, Elival da Silva: *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção.* São Paulo: Saraiva, 1994 (originalmente apresentada como tese de doutorado à FADUSP/1992).

RAMOS, Elival da Silva: *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.* São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL JUNIOR, Hamilton: *Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RAWLS, John: *O liberalismo político.* Trad. Dinah Abreu Azevedo. Revisão da tradução Álvaro de Vita. (Political liberalism.) 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

REZEK, José Francisco: *Direito internacional público – Curso elementar.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBAS, Antonio Joaquim: *Curso de direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

ROACH, Kent: *The supreme court on trial: judicial activism or democratic dialogue.* Revised edition. Toronto: Irwin Law, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: *Sobre a súmula vinculante.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, nº 133, p. 51-64, jan./mar. 1997.

ROCHA, Jorge Bheron: *Habeas corpus coletivo – Uma proposta de superação do prisma individualista.* Conjur, 2017.

ROCHA, Jorge Bheron: *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais.* In: ANTUNES, Maria João; SANTO, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio Prado do (Coord.). Os novos atores da justiça penal. Coimbra: Almedina, 2016.

ROCHA, Jorge Bheron: *O histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional.* In: ANTUNES, Maria João; SANTO, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio Prado do (Coord.). Os novos atores da justiça penal. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo: *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da; ROCHA, Jorge Bheron: *A defensoria como ator garantidor do contraditório e da ampla defesa.* Revista Consultor Jurídico, 14.10.2017, 8h00.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues: *Forças policiais no sistema constitucional, página "Direito militar".* Disponível em: http://militar.com.br. 2003, p. 1-4.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues: R*eforma do poder judiciário e justiça militar.*

ROTHENBURG, Walter Claudius: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental.* São Paulo, Atlas, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius: *Direito constitucional.* São Paulo: Verbatim, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius: *Princípios constitucionais.* 2. tir. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2003.

ROTONDANO, José Edivaldo Rocha: *Ministério público entende que casamento em centro espírita pode ter efeitos civis.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 914, 3 jan. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=666. Acesso em: 26.01.2008.

S

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo: *El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana*. Revista Española de Derecho Internacional, p. 119-125

SAMPAIO, Francisco José Marques: *O dano material e a responsabilidade.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 185. p. 41-62. jul./set. 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite: *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDER, Frank E. A: *The multi-door Courthouse*. 3 Barrister (1976)

SANDER, Frank E. A: *Varieties of dispute processing.* in LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russell : *The pound conference: perspectives on justice in the future* (1979).

SANDER, Frank E. A; CRESPO, Mariana Hernandez: *A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo – Exploring the evolution of the multi-door courthouse*. University of St. Thomas Law Journal, v. 5, p. 665-674, 2008.

SANDER, Frank E. A; GOLDBERG, Stephen B: *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure.* Negotiation Journal, January 1994, v. 10(1), p. 49-68.

SANDER, Frank E. A; ROZDEICZER, Lukasz: *matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach.* Harv. Negotiation L. Rev., v. 11, p. 1-41, 2006.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral: *O estado de emergência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989 (originalmente defendida como dissertação de mestrado na PUCSP).

SANTOS, Boaventura de Sousa: *La reinvención del estado y el estado plurinacional.* Santa Cruz de la Sierra: Bolivia, 2007. (Alianza Interinstitucional Constituição Estadual NDA/CEJIS/CEBID).

SARGENTICH, Lewis D: *Complex enforcement*. Disponível em: http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134127.files/March%2014%20Readings/SargentichComplexEnfor Acesso em: 1º.01.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. arquivos de direitos humanos*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 99-145, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais.* 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang: *A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição.* Interesse Público, Porto Alegre, v. 8, nº 37, p. 49-64, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel: *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel: *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, parecer de 09.10.2006

SARMENTO, Daniel: *A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado.* Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, nº 23, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel: *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel: *A trajetória da dicotomia público/Privado.* Revista Trimestral de Direito Civil, São Paulo, v. 6, nº 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.

SARMENTO, Daniel: *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 224, p. 95-116, abr./jun. 2001.

SARMENTO, Daniel: *Comentário ao art. 5º, iV.* In: MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel: *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 215, p. 19-34, jan./mar. 1999.

SARMENTO, Daniel: *Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, iX, da Constituição.* In: Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 79-90.

SARMENTO, Daniel: *Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União.* Anadef, 2015.

SARMENTO, Daniel: *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência.* Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-36, 2006.

SARMENTO, Daniel: *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel: *Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 223, p. 153-168, jan./mar. 2001.

SARMENTO, Daniel: *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

SARMENTO, Daniel: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel: *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel: *Autonomia da DPU e limites ao poder de reforma da constituição.* Anadef, 2015.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla: *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira.* Disponível em Revista Consultor Jurídico, 21.02.2018, 21h12 – acesso em 10.04.2018.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia: *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo: *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

SEGADO, Francisco Fernandez: *La obsolescencia de la bipolaridad "Modelo americano-Modelo europeo kelseniano" como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa, apud parlamento y constitución*. Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6

SEVERINO, Antônio Joaquim: *Metodologia do trabalho científico.* 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho: *Lei dos juizados especiais cíveis anotada: doutrina e jurisprudência dos 27 estados da federação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da: *Ação popular constitucional – Doutrina e processo.* 2. ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 (8. ed., 2012).

SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo.* 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da: *Direito ambiental constitucional.* 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da: *Direito urbanístico brasileiro.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da: *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da: *Processo constitucional de formação das leis.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005 (originalmente apresentada como tese de livre-docência à Faculdade de Direito da USP).

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Direitos fundamentais e relações entre particulares.* Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 173-180, maio 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.* In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* RDE, Revista de Direito do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1, nº 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* São Paulo, 2005. Tese – Professor Titular da FADUSP.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, nº 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, nº 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da: *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1999 (originalmente apresentada como dissertação de mestrado à Faculdade de Direito da USP, 1998).

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de: *Estatuto do idoso de a a z.* Aparecida: Ideias e Letras, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva: *As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente*. São Paulo, 1995. Tese – Titular da Faculdade de Direito da USP.

SOARES, Rosinethe Monteiro: *A prática da elaboração legislativa.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, nº 114, abr./jun. 1992.

SOMBRA, Thiago Luís Santos: *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004.

SOMBRA, Thiago Luís Santos; FRANCIULLI NETTO, Domingos: *O direito à imagem em locais públicos*. In: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Org.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias e Letras/Centro de Extensão Universitária, 2005.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis: *Súmula vinculante: um estudo à luz da emenda constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOTELO, José Luiz Vasquez: *A jurisprudência vinculante na "Common law" e na "Civil law": temas atuais de direito processual ibero-americano*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

SOUSA, António Francisco de: *Liberdade de reunião e de manifestação no estado de direito.* Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, ano 6, nº 21, p. 27-38, out./dez. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de: *Comentário ao art. 144.* In: MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel: *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz: *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo.* Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, nº 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz: *Aplicar a "Letra*, da Lei*" é uma atitude positivista?* Novos Estudos Jurídicos, v. 15, nº 1, 2010. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308.

STRECK, Lenio Luiz: *CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Revista Consultor Jurídico, 2014.

STRECK, Lenio Luiz: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito.* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz: *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional.* In CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz: *Comentários à Constituição do brasil.* 2. ed. Saraiva. 2018

STRECK, Lenio Luiz: *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. e atual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz: *Jurisdição constitucional e hermenêutica.* 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz: CPC *terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Revista Consultor Jurídico – CONJUR, 18.12.2014

STRECK, Lenio Luiz: *Por que agora dá para apostar no projeto do* CPC. Revista Consultor Jurídico – CONJUR, 21.10.2013.

STRECK, Lenio Luiz: *Por que é inconstitucional "Repristinar" a separação judicial no brasil.* Revista Consultor Jurídico – CONJUR, 18.11.2014.

STRECK, Lenio Luiz: *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz: *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da: *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

SULTANY, Nimer: *The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification.* Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review (CR-CL), v. 47, nº 2, 2012. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2132397. Acesso em: 1º.01.2018.

SUNDFELD, Carlos Ari: *Fundamentos do direito público.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNSTEIN, Cass R: *Beyond judicial minimalism*. Tulsa Law Review, nº 43, p. 825-841, 2007-2008.

SUNDFELD, Carlos Ari: *One case at a time: judicial minimalism on the supreme court.* Cambridge: Harvard University Press, 1999.

T

TABOSA, Haman: *Defensoria Pública é cláusula pétrea da Constituição*. Revista Consultor Jurídico, 2012.

TARTUCE, Fernanda: *Processo civil aplicado ao direito de família.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio: *O CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.* São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo: *Direito civil e Constituição*. In: TAVARES, André Ramos;

TARUFFO, Michele: *La motivazione della sentenza civile.* Padova: Constituição Estadual DAM, 1975. xi (Série Pubblicazioni della Università di Pavia: Studi nelle scienze giuridiche e sociali; nuova ser; v. 14).

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: Celso Bastos, Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TAVARES, André Ramos: *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos: *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei nº 11.417, de 19.12.2006.* São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos: *Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental: Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 9.882/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro: *Constituição Federal: 15 anos – mutação e evolução – comentários e perspectivas.* São Paulo: Método, 2003.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora: *Reforma do judiciário – Analisada e comentada* – EC nº *45/2004.* São Paulo: Método, 2005 (inclui textos complementares à Reforma do Judiciário e Quadro comparativo da Reforma do Judiciário).

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz*, da Lei nº *9.882/1999*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles: *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo: *As garantias do cidadão na justiça*. [colaboradores: Ada Pellegrini Grinover et al.], 1993.

TEMER, Michel: *Elementos de direito constitucional.* 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo: *Temas de direito civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1.

TERSMAN, Folke: *Moral disagreement.* Cambridge University Press, 2009. 160 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Caçado: *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.* São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Caçado: *Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Rio de Janeiro, nº 81/1983, p. 49-76, jul./dez. 1992.

TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; KISS, Alexandre: *Two major challenges of our time: human rights and the environment.* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Rio de Janeiro, nº 81/1983, p. 147-150, jul./dez. 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz e: *"Class action" e mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUSHNET, Mark: *Authoritarian constitutionalism.* Cornell Law Review, v. 100, Issue 2 (January 2015), p. 448-450.

TUSHNET, Mark: *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999.

U

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA. Coordenadoria Geral de Bibliotecas. *Referências bibliográficas.* Editora UNESP. Normas para publicações da UNESP. São Paulo: Ed. UNESP, 1994. 4 v., v. 2

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA. Coordenadoria Geral de Bibliotecas: *Parte i: dissertações e teses*. Editora UNESP. Normas para publicações da UNESP. São Paulo: Ed. UNESP, 1994. 4 v., v. 4

V

VARELLA, Marcelo Dias: *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARGAS, Idón Moisés Chivi: *Os caminhos da descolonização na américa latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na bolívia.* In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 151-166.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni: *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva: *Intervenção da união nos estados e municípios – a autonomia dos entes federados – inobservância da ordem cronológica*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 13, nº 5, 1997, p. 309-317.

VELOSO, Zeno: *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999.* 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERDUM, Ricardo: *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na américa latina.* Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena: *Supremo tribunal federal*. Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena: *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, nº 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.

W

WALDRON, Jeremy: *Law and disagreement*. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004. 332 p.

WALDRON, Jeremy: *The core of the case against judicial review.* The Yale Law Journal, v. 115, nº 6, p. 1346-1406, Apr. 2006.

WATANABE, Kazuo et al: *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo et al: *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo et al: *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WILENSKY, Harold L: *Welfare State and equality – Sstructural and ideological roots public expenditures.* 1975. University of California Press

WILHELMI, Marco Aparicio: *Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista: direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008*. In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos

indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 135-150.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury: *The constitutional law of the united states*. 3. v. New York, Baker, 1929.

Y

YARSHELL, Flávio Luiz: *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz: *Tutela jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1998.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z: *Aos 20 anos da convenção 169 da oIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na américa latina.* In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 11-62.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z: *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización.* In: GARAVITO, César Rodríguez. El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z: *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.* In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537-567.

Z

ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007 (Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho).

ZAGREBELSKY Gustavo: *Il diritto mite, legge, diritti, giustizia.* Torino: Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979

ZAMUDIO, Héctor Fix; ESPINOZA Alejandro Ríos; ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *Tres estudios sobre el mandado de seguridad brasileño.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963 (Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado. Serie D: Cuadernos de Derecho Comparado).

ZAVASCKI, Teori Albino: *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto: *Curso de direito constitucional.* 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 (4. ed., 2006).

ZIMMERMANN, Augusto: *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.